



Rfb
Editora

VOLUME 1



**PESQUISAS EM TEMAS DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

Ednilson Sergio Ramalho de Souza
(Editor)

VOLUME 1



**PESQUISAS EM TEMAS DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

Ednilson Sergio Ramalho de Souza
(Editor)

Volume 1

PESQUISAS EM TEMAS DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Edição 1

Belém-PA



2021

© 2021 Edição brasileira
by RFB Editora
© 2021 Texto
by Autores
Todos os direitos reservados



Todo o conteúdo apresentado neste livro, inclusive correção ortográfica e gramatical, é de responsabilidade do(s) autor(es).

Obra sob o selo *Creative Commons*-Atribuição 4.0 Internacional. Esta licença permite que outros distribuam, remixem, adaptem e criem a partir do trabalho, mesmo para fins comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito pela criação original.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA (Editor-Chefe)

Prof.^a Dr.^a. Roberta Modesto Braga - UFPA

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo - UFMA

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida - UFOPA

Prof.^a Dr.^a. Ana Angelica Mathias Macedo - IFMA

Prof. Me. Francisco Robson Alves da Silva - IFPA

Prof.^a Dr.^a. Elizabeth Gomes Souza - UFPA

Prof.^a Dra. Neuma Teixeira dos Santos - UFRA

Prof.^a Me. Antônia Edna Silva dos Santos - UEPA

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa - UFMA

Prof. Dr. Orlando José de Almeida Filho - UFSJ

Prof.^a Dr.^a. Isabella Macário Ferro Cavalcanti - UFPE

Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares - UFPI

Prof.^a Dr.^a. Welma Emidio da Silva - FIS

Diagramação e design da capa:

Priscila Rosy Borges de Souza

Imagens da capa:

www.canva.com

Revisão de texto:

Os autores

Bibliotecária:

Janaina Karina Alves Trigo Ramos

Gerente editorial:

Nazareno Da Luz



Home Page: www.rfbeditora.com

Email: adm@rfbeditora.com

WhatsApp: 91 98885-7730

CNPJ: 39.242.488/0001-07

R. dos Mundurucus, 3100, 66040-033, Belém-PA

<https://doi.org/10.46898/rfbe.9786558890270>

Catálogo na publicação
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

P474

Pesquisas em temas de ciências jurídicas / Ednilson Sergio Ramalho de Souza
(Editor) – Belém: RFB, 2021.

(Pesquisas em temas de ciências jurídicas, V. 1)

Livro em PDF

296 p., il.

ISBN 978-65-5889-027-0

DOI 10.46898/rfbe.9786558890270

1. Direito. 2. Justiça. 3. Ciências jurídicas. I. Souza, Ednilson Sergio Ramalho de
(Editor). II. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito

Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

Equipe RFB Editora

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
Prof. Dr. Édnilson Sergio Ramalho de Souza	

CAPÍTULO 1

TEORIA DEMOCRÁTICA E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA NA CONTRAMÃO DA LIBERDADE ?	11
---	-----------

Nayana Shirado

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.1

CAPÍTULO 2

EJA, ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO E AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DE BAIXO CUSTO: UM CASAMENTO POSSÍVEL EM PROL DA INCLUSÃO DE PESSOAS IDOSAS	27
--	-----------

Milton Silva de Vasconcellos

Valdirene Santos de Sena

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.2

CAPÍTULO 3

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E O ICMS: UM OLHAR PARA AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL, INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO.....	45
--	-----------

Ricardo Scravajar Gouveia

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.3

CAPÍTULO 4

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS SOB À ÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS EFEITOS EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	63
--	-----------

Ana Luisa de Figueiredo Guimarães

Bruna Cardoso de Faria

Ester Moraes D'Avila

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.4

CAPÍTULO 5

CRIAÇÃO DO INSTITUTO FEDERAL DO MARANHÃO E ASPECTOS RELEVANTES SOBRE OS ART. 13 E 14 DA LEI N° 11.892/2008	81
---	-----------

Felipe Silva e Silva

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.5

CAPÍTULO 6

O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: O ALÉM DA SENTENÇA JUDICIAL	89
--	-----------

Filipe Ewerton Ribeiro Teles

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.6

CAPÍTULO 7

EMPREENDEDOR DA CULTURA E DA ECONOMIA CRIATIVA NO CONTEXTO DO DIREITO DIGITAL	101
--	------------

Filipe Ewerton Ribeiro Teles

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.7

CAPÍTULO 8	
O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: DESAFIOS E ATRIBUIÇÕES	119
Filipe Ewerton Ribeiro Teles	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.8	
CAPÍTULO 9	
O CONTROLE DAS FAKE NEWS PELA JUSTIÇA ELEITORAL E A MANUTENÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	135
Fabiola Marques Rezende	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.9	
CAPÍTULO 10	
NEUROPSICOLOGIA FORENSE: ATITUDES, COMPORTAMENTO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA IDEIA DE MORAL	149
Filipe Ewerton Ribeiro Teles	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.10	
CAPÍTULO 11	
CIÊNCIAS FORENSES E PSICOLOGIA JURÍDICA: DIMENSÕES PARA O PROFISSIONAL DO DIREITO.....	165
Filipe Ewerton Ribeiro Teles	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.11	
CAPÍTULO 12	
PSICOLOGIA JURÍDICA E DIREITO: A COMPLEMENTARIEDADE NA COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO DELITIVO.....	181
Filipe Ewerton Ribeiro Teles	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.12	
CAPÍTULO 13	
O ENFRAQUECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À FORÇA HEGEMÔNICA DA FEDERAÇÃO FIFA: PRESSÕES EXTERNAS E O DIREITO TRANSNACIONAL DITANDO AS REGRAS DO JOGO	197
Lucas Uelinton Graciolli	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.13	
CAPÍTULO 14	
ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ASSECURATÓRIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	213
Bruce Henrique dos Santos Silva	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.14	
CAPÍTULO 15	
FLEXIBILIZAÇÃO DO PORTE E POSSE DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL...227	
Cristovam Filipe Marinho de Souza	
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.15	
CAPÍTULO 16	
O MODELO SÓCIO-INTUICIONISTA DE JONATHAN HAIDT E SUAS REPERCUSSÕES PARA O DIREITO.....	243
Simone Tavares de Andrade	

Camila Mazza da Silva
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.16

CAPÍTULO 17

**ALTA PROGRAMADA PREVIDENCIÁRIA JUDICIAL: CRIANDO AMARRAS
AO TRABALHO JUDICIAL E MALFERINDO DIREITOS FUNDAMENTAIS ...259**

Wilton Sobrinho da Silva
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.17

CAPÍTULO 18

**DIREITO DIGITAL E SUA INTERLIGAÇÃO COM O DIREITO CONDOMINIAL
271**

Jose Alecxandro da Silva
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.18

CAPÍTULO 19

DESAFIOS DO PSICÓLOGO NO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL.....279

Dayse Marinho Martins
Adriana Alves Silva
Claudio Dias de Sousa
Dayane de Sousa Lima
DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.19

ÍNDICE REMISSIVO.....292



APRESENTAÇÃO

Prezad@s,

Satisfação! Esse é o sentimento que vem ao meu ser ao escrever a apresentação deste magnífico livro. Não apenas porque se trata do volume 1 da Coleção Pesquisas em Temas de Ciências Jurídicas, publicado pela RFB Editora, mas pela importância que essa área possui para a promoção da qualidade de vida das pessoas.

Segundo a Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), faz parte dessa área: TEORIA DO DIREITO, TEORIA GERAL DO DIREITO, TEORIA GERAL DO PROCESSO, TEORIA DO ESTADO, HISTÓRIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO, LÓGICA JURÍDICA, SOCIOLOGIA JURÍDICA, ANTROPOLOGIA JURÍDICA, DIREITO PÚBLICO, DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL, DIREITO PROCESSUAL CIVIL, DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO, DIREITO PRIVADO, DIREITO CIVIL, DIREITO COMERCIAL, DIREITO DO TRABALHO, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, DIREITOS ESPECIAIS. Tal área suscita, portanto, uma gama de possibilidades de pesquisas e de relações dialógicas que certamente podem ser relevantes para o desenvolvimento social brasileiro.

Desse modo, os artigos apresentados neste livro - em sua maioria frutos de árduos trabalhos acadêmicos (TCC, monografia, dissertação, tese) - decerto contribuem, cada um a seu modo, para o aprofundamento de discussões na área do Direito Brasileiro, pois são pesquisas germinadas, frutificadas e colhidas de temas atuais que vêm sendo debatidos nas principais universidades nacionais e que refletem o interesse de pesquisadores no desenvolvimento social e científico que possa melhorar a qualidade de vida de homens e de mulheres.

Acredito, verdadeiramente, que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

Esse livro é parte da materialização dessa utopia.

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza

Editor-Chefe





CAPÍTULO 1

TEORIA DEMOCRÁTICA E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA NA CONTRAMÃO DA LIBERDADE ?

DEMOCRATIC THEORY AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE EVOLUTION OF DEMOCRACY AGAINST FREEDOM ?

Nayana Shirado¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.1

¹ Universidade Presbiteriana Mackenzie. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-4480-5658>. E-mail: nayana27@hotmail.com

RESUMO

Pensar na evolução da democracia é pensar num movimento de expansão dessa fórmula política, que implica avanços e retrocessos. Sob essa orientação, o estudo objetiva situar a compreensão dos rumos da democracia, em termos de garantia de direitos fundamentais e da liberdade, para esclarecer se, na sociedade complexa, globalizada e multicultural do século XXI, sob influência de fatores econômicos, sociais e políticos, a democracia ainda é o regime político vocacionado para salvaguardar os direitos fundamentais e a liberdade. Considera a abordagem a partir de três eixos principais – a democracia como fórmula política sensível e exigente, o diagnóstico realista desse regime em duas abordagens contemporâneas e as crises e tensionamentos próprios desse modelo de organização do poder político, tendo como referencial teórico as contribuições de Dahl (1992; 2005; 2012; 2015), Sartori (2007; 2009) Bobbio (1998; 2000), Achen e Bartels (2017), e Levitsky e Ziblatt (2018), para discussão de cada eixo. Argumenta que a assepsia eleitoral é a ferramenta decisiva para evitar que a democracia caminhe na contramão da liberdade.

Palavras-chave: Regime de crises. Recessão democrática. Assepsia eleitoral.

ABSTRACT

Thinking about the evolution of democracy is to think about a movement to expand this political formula, which implies advances and setbacks. Under this orientation, the study aims to situate the understanding of the direction of democracy, in terms of guaranteeing fundamental rights and freedom, to clarify whether, in the complex, globalized and multicultural society of the 21st century, under the influence of different economic, social and political factors, democracy is still the political regime designed to safeguard fundamental rights and freedom. It considers the approach based on three main axes - democracy as a sensitive and demanding political formula, the realistic diagnosis of this regime in two contemporary approaches and the crises and tensions inherent in this model of organization of political power, using Dahl's (1992; 2005; 2012; 2015) contributions as a theoretical framework, Sartori (2007; 2009), Bobbio (1998; 2000), Achen and Bartels (2017), Levitsky and Ziblatt (2018), to discuss each axis. It argues that electoral asepsis is a decisive tool to prevent democracy from going against freedom.

Keywords: Crisis regime. Democratic recession. Electoral asepsis.

1 INTRODUÇÃO

Pensar na evolução da democracia é pensar na expansão e na intensidade dessa fórmula política em diferentes sistemas de governo, períodos históricos e climas po-

líticos, quer porque a expansão implica avanço, quer porque implica retrocesso. Eis aí o motivo para desvencilhar o uso da palavra “evolução” de algo, necessariamente, positivo.

Feito esse esclarecimento, o estudo apresenta uma sucinta análise da evolução da democracia, abrangendo os elementos que ensejam sua identificação em diferentes latitudes, as abordagens teóricas sobre o diagnóstico desse fenômeno no mundo contemporâneo e as crises e tensionamentos que lhe são próprios.

O trabalho tem como escopo situar a compreensão dos rumos da democracia, em termos de garantia de direitos fundamentais e da liberdade, para esclarecer se, na sociedade complexa, globalizada e multicultural do século XXI, sob influência de diferentes fatores econômicos, sociais e políticos, a democracia ainda é o regime político vocacionado para salvaguardar os direitos fundamentais e a liberdade.

A análise considera a abordagem a partir de três eixos principais – a democracia como fórmula política sensível e exigente, o diagnóstico realista desse regime em duas abordagens contemporâneas e as crises e tensionamentos próprios desse modelo de organização do poder político, tendo como referencial teórico as contribuições de Robert Dahl (1992; 2005; 2012; 2015), Giovanni Sartori (2007; 2009), Norberto Bobbio (1998; 2000), Christopher Achen e Larry Bartels (2017), Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), sobre as características e implicações de cada eixo.

Inicialmente, são tratados os elementos essenciais e os diferenciais das fórmulas democráticas produzidas no mundo contemporâneo, segundo critérios de Dahl (1992; 2005; 2012; 2015), Sartori (2007; 2009) e Bobbio (1998), para demonstrar que, conquanto não se pense numa definição para democracia, é possível identificá-la pela presença de elementos, em maior ou menor intensidade, na receita política de cada Estado.

Em segundo plano, apresenta-se o diagnóstico realista da democracia, segundo Achen e Bartels (2017), a partir das abordagens da teoria popular (*folk theory*) e da teoria do voto retrospectivo (*leadership selection*), para compreender os motivos determinantes do comportamento do eleitor ao escolher seus representantes.

No terceiro eixo de análise, discutem-se as nuances desse regime como um sistema de crises e tensionamentos entre instituições e atores políticos, consideradas as advertências de Bobbio (2000), para saber se os indicadores apontados por Levitsky e Ziblatt (2018) inspiram a manutenção da democracia como salvaguarda dos direitos fundamentais e da liberdade.

1 DEMOCRACIA: UMA FÓRMULA POLÍTICA SENSÍVEL E EXIGENTE

O ser humano é gregário por natureza e desde os menores agrupamentos pré-estatais (hordas, clãs e tribos) aos maiores e mais complexos sob a égide do Estado, a vida em sociedade reclama decisões. Ao longo da história, foram desenvolvidas fórmulas políticas que, organizando o poder e a tomada de decisões, buscavam preservar a **liberdade** e a **igualdade**.

Na Idade Antiga, a democracia grega existia apenas entre os membros da mesma pólis, restrita portanto à cidade-Estado, e isso está relacionado a outra limitação dos gregos: “não reconheciam a existência de pretensões universais à **liberdade**, à **igualdade** ou aos direitos, fossem eles direitos políticos ou, de maneira mais ampla, direitos humanos” (DAHL, 2012, p. 33).

Nessa toada, numa *polis* democrática, a liberdade significava o primado da lei e a participação no processo de tomada de decisões, não a posse de direitos inalienáveis. Outras nuances dizem respeito à **liberdade** não se estender além da comunidade em si, e ao fato de que a liberdade para os membros da própria comunidade não implicar nem a liberdade jurídica (civil) para os outros residentes na comunidade nem a liberdade política para os membros de outras comunidades sobre as quais uma delas detinha poder (DAHL, 1992, p. 33).

Na Idade Contemporânea, pode-se considerar a democracia como o **governo do povo, pelo povo e para o povo**, a partir do histórico discurso de Gettysburg (LORENCINI, 2018, p. 56), em que Abraham Lincoln, em 1863, situa o episódio da Guerra de Secessão, então em curso, como uma longa luta pela **igualdade** e **liberdade**.

A democracia se apresenta como a melhor fórmula política vocacionada ao propósito de salvaguardar a **igualdade** e a **liberdade**¹. Sensível e exigente (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 13; PASQUINO, 1999, p. 11; LEMBO, 2006, p. 63), repleta de nuances próprias, traz em si a dificuldade de ser definida num conceito único. Contudo, pode ser identificada por seus elementos: **liberdade** e **igualdade**, **eleições livres e competitivas**. Além desses, outros dois, configuram a paisagem democrática: **participação política** e **oposição**.

1 Dieter Grimm (2019, p. 252-253) chama atenção para a necessidade de proteção da liberdade por meio do teorema democrático: “The protection of liberty mediated by democracy also comes under pressure, because the accumulation of irreversible decisions compelled by scientific and technological progress tends to make Democratic majority change irrelevant. Improved findings or altered power relationships cannot change the situation for the foreseeable future. To the same extent, the Democratic principle is nullified.” Tradução livre: “A proteção da liberdade mediada pela democracia também sofre pressão, porque o acúmulo de decisões irreversíveis impelidas pelo progresso científico e tecnológico tende a tornar irrelevante a mudança da maioria democrática. Resultados aprimorados ou relacionamentos de poder alterados não podem mudar a situação no futuro previsível. Na mesma medida, o princípio democrático é anulado”.

Conforme quadro abaixo, Robert Dahl, Giovanni Sartori e Norberto Bobbio sistematizaram os indicadores da presença democrática:

Tabela 1 - Elementos do teorema democrático

	SARTORI	DAHL	BOBBIO
INDICADORES DA PRESENÇA DEMOCRÁTICA	1) Governantes eleitos;	1) Liberdade de formar e aderir a organizações/associar-se	1) Órgão político máximo deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo em eleições de 1 ou 2 graus
	2) Opções eleitorais	2) Liberdade de expressão	2) Junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigente eleitos
	3) Expressão de discordância	3) Direito de voto	3) Todos os cidadãos que tenham atingido a maioria devem ser eleitores sem qualquer distinção
	4) Liberdade	4) Elegibilidade para cargos públicos	4) Eleitores devem ter voto de igual valor
	5) Eleições livres	5) Direito de líderes políticos disputarem apoio e votos	5) Eleitores livres para votar segundo a própria opinião
	6) Opinião pública livremente formada	6) Fontes alternativas de informação	6) Eleitores livres também no sentido de serem postos em condição de ter reais alternativas
		7) Eleições livres e idôneas/competitivas	7) Maioria numérica tanto para eleições de representantes como para as decisões do órgão político supremo
		8) Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência	8) Nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria
			9) Órgão do governo deve gozar de confiança do parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez eleito pelo povo

Fonte: Elaboração própria, 2021, a partir de Sartori (2007; 2009), Dahl (2005) e Bobbio (1998).

A partir dos indicadores acima² e de variadas mixagens possíveis de seus elementos, emergem diversas tipologias democráticas³: democracia pelos partidos, democracia política, democracia social, democracia industrial, democracia formal, democracia procedimental, democracia eleitoral, democracia referendaria, democracia participativa, democracia deliberativa, democracia digital, *e*-democracia, democracia vigiada, democracia-agricultura, democracia incompleta⁴.

O teorema democrático, como visto, encontra sua origem no povo – a fonte e o destinatário do poder político, cujo exercício é cometido aos representantes que atuam dentro de limites impostos pelo sistema de freios e contrapesos e de direitos fundamentais. Apesar do recurso à representação, o povo pode e participa diretamente da tomada de decisões, se afastando da postura de eleitor-passivo ou espectador.

Aliás, todos hoje querem fazer parte ativa da sociedade, já não se contentam em depositar o voto na urna (LEMBO, 1991, p. 35; CAGGIANO, 2017, p. 4). Na sociedade globalizada, irrompem reclamos e projetos direcionados a indicar renovadas condições de regeneração da democracia, garantindo ao *demos* – povo – uma concreta aproximação do polo decisional e um maior grau de participação na tomada das decisões políticas (CAGGIANO, 2017, p. 4).

A democracia alberga forças políticas concorrentes, que resultam em **conflitos**, mas não só está aberta a conflitos, como também se define pela capacidade de conviver com eles e de acolhê-los, legitimando-os pela institucionalização dos partidos e pelo mecanismo eleitoral (COSTA, 2017, p. 222).

A democracia se funda na **incerteza** quanto aos governantes que serão eleitos e seus projetos de governo. A garantia da democracia está nas **instituições** e o constitucionalismo⁵ é quem lhe assegura a presença e a perpetuidade das instituições, por bus-

2 Charles Tilly (1995) rechaça a identificação por elementos: “É o seguinte: não temos absolutamente nenhuma razão a priori para acreditar que apenas um conjunto de circunstâncias produz e sustenta a democracia, embora, durante a experiência das últimas centenas de anos, muitas vezes tenham sido circunstâncias particulares que promoveram a democracia.” Tilly considera que, a partir de um exame detalhado dos casos históricos de democratização, pode-se, no máximo, aspirar a obter um mapa dos percursos pelos quais o processo ocorreu, uma indicação das condições suficientes - não necessárias - para tal transformação e uma especificação dos mecanismos gerais que participam da produção e manutenção das instituições democráticas, quando são formadas. O autor compara a democracia a um lago: “um grande corpo de água interior pode se formar porque a encosta de uma montanha alimenta uma bacia natural, porque alguém ou algo bloqueia a drenagem de um grande rio, porque uma geleira está derretendo, porque um terremoto isola um segmento do oceano da massa de água principal, porque as pessoas deliberadamente cavam um grande poço e canalizam nascentes próximas em relação a ele ou por uma série de outras razões. Porém, uma vez que existe, um lago engendra ecossistemas característicos e mantém relações características com seu entorno, tanto que especialistas em limnologia construíram uma especialidade científica em torno do estudo dessas regularidades. A democracia se comporta como um lago: embora tenha propriedades distintas e uma lógica própria, é formada de várias maneiras, cada uma das quais retendo traços de sua história única nos detalhes de seu funcionamento atual”

3 Confira o trabalho de Arend Lijphart, em obra já clássica, Modelos de democracias: Desempenho e padrão de governo em 36 países, para conhecer as nuances desse regime político em diferentes latitudes.

4 O contexto de democracia incompleta é apresentado na análise de Mira Milosevich (2016) sobre a democracia russa. A autora aponta para a Rússia ter perdido uma oportunidade histórica para democratizar-se, considerando que, por séculos, o Estado se fundamentou na centralização e na supressão das liberdades individuais, impedindo o mínimo intento de liberalização. Todavia, esse modelo de Estado que se baseia em aumento de território, poder militar, status internacional e poder pessoal do líder, representa ainda para as elites políticas russas o padrão a seguir.

5 O constitucionalismo é o movimento que inspira a presença de Constituições, que do pedestal de lei suprema, obrigam o poder, cingindo o seu exercício a balizas e limites pré-determinados, resguardando, pois, os direitos humanos fundamentais de ações arbitrárias (CAGGIANO, 2011, p. 16). Eis o núcleo duro da Constituição: limitação do poder, preservação dos direitos humanos e prefixação da decisão política fundamental. Analisando o constitucionalismo na América Latina hispânica e portuguesa, Paulo Bonavides (2015, p. 454) aponta que a base comum em ambas está em limitar poderes pela via instrumental da Constituição e ainda: “[...] em declarar direitos, em estabelecer competências, em proclamar a soberania, em delegar autoridade, em instituir órgão de exercício do poder supremo, em transformar súditos em cidadãos, em suma, no acatamento ao princípio de que todas

car governos **moderados** e com atribuições **limitadas** e uma **Constituição escrita** para garantias de direitos fundamentais e controle do poder (CAGGIANO, 2011, p. 8-9).

A finalidade de uma Constituição escrita é limitar a concentração do poder em mãos de um único detentor e, para tanto, distribui as diferentes funções do Estado entre os vários detentores do poder. Se o poder estiver distribuído e for exercido conjuntamente, estará simultaneamente limitado e controlado (MONTAL, 2014, p. 155).

Embora hoje não se pense em Constituição sem Democracia e vice-versa, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 55), lembra que, nos primórdios do constitucionalismo, a democracia não era objetivo do constitucionalismo. O modelo ideal àquele tempo era o governo representativo compatível com a monarquia. Alinhado a essa premissa, Robert Dahl (2015, p. 114) entende que a única Constituição legítima para um povo democrático é aquela concebida para servir a fins democráticos.

Karl Loewenstein (1970 *apud* MONTAL, 2014, p. 148) não admite uma Constituição autêntica sem que haja o estabelecimento de um processo de institucionalização de distribuição e de limitação do exercício do poder, considerando que o objetivo de toda Constituição é a criação de instituições para limitar e controlar o poder político.

A globalização produziu uma pluralização cultural, multicultural e o reconhecimento de novas formas de identidades, fazendo emergir novas formas democráticas e propósitos de superação da democracia representativa atual (TONET, 2019, p. 14). Essa constatação está alinhada à ideia de que a democracia só se corrige experimentando novas formas de democracia mais adequadas às circunstâncias particulares em que as pessoas vivem (NUN, 2000, p. 156).

Em apertada síntese, essa fórmula política albergada nos textos constitucionais escritos, para salvaguarda dos direitos fundamentais “deve necessariamente envolver na sua concretização eleições livres e competitivas com amplos espaços para oposição; isto sob o norteamento dos princípios de liberdade e igualdade” (CAGGIANO, 2011, p. 15).

2 DIAGNÓSTICO REALISTA DA DEMOCRACIA EM DUAS ABORDAGENS: *FOLK THEORY* E *LEADERSHIP SELECTION*

Um dos principais ingredientes da receita democrática, num contexto amplo de *free and fair elections*, é a liberdade de escolha do eleitor para sufragar seus representantes segundo a regras da maioria. Investigar os fatores que determinam essas escolhas, a partir de uma pesquisa empírica, para desvendar a teoria **realista** da democracia, é

as legitimidades em matéria governativa, segundo crença da época, deviam ficar impressas na observância do elemento legal, na inviolabilidade da lei, a lei por farol de todas as condutas políticas que a liberdade inspirava a governantes e governados.”

o que fizeram os professores norte-americanos Achen e Bartels na obra *Democracy for realists*.

Os autores (2017, p. 02-03) propuseram duas abordagens contemporâneas da teoria democráticas: uma de **participação popular** (*folk theory*) e outra de **voto retrospectivo** (*leadership selection*), em contraponto à doutrina **idealista** de Robert Dahl (2012, p. 353), assentada no processo democrático poliárquico (igualdade de voto, participação efetiva, compreensão esclarecida, controle de agenda e inclusão).

A primeira teoria trata da **participação popular** na formulação de políticas públicas, seja pelo cidadão de per si, seja por meio de representantes, estando, pois, assentada na preferência política da maioria, traduzida na participação de cidadãos conscientes na escolha de candidatos que possam espelhar essa preferência majoritária. Os autores rechaçam essa teoria sob o fundamento de que, no mundo real, não só a participação é reduzida, como também não participam os indivíduos qualificados e preocupados com o bem comum (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 213-214).

A segunda, convida o eleitor a fazer uma **retrospectiva sobre o voto** no passado, acerca do bom governo, para a partir do resultado dessa assepsia, fazer a seleção do líder, isto é, (re)eleger ou rechaçar o candidato. Essa teoria considera as eleições como um momento para avaliar o desempenho pretérito do candidato quando da gestão da coisa pública (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 214).

Alguns achados de pesquisa dizem respeito a como fatores aleatórios e fenômenos climáticos impactam no resultado da votação nos locais afetados por essas intempéries (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 15), como no caso do **ataque de tubarões** que impactou na perda de votos de Woodrow Wilson, no ano de 1916, em cidades à beira-mar (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 126), e no caso das secas e inundações no ano de 2000, que levaram 2,8 milhões de eleitores a votarem contra o candidato Al Gore, então vice-presidente no governo Bill Clinton, ao tempo das catástrofes climáticas (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 135). Desses achados, resultou a conclusão de que a democracia se orienta por outra teoria, a da **psicologia política**, sustentada em dois pilares: o comportamento de **grupos** sociais, num primeiro momento e no conceito de **identidade**, num segundo (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 213).

É no *Federalist Paper*⁶ n° 10, escrito por James Madison no século XVIII, que os professores norte-americanos buscaram suporte para essa teoria, em relação à forma-

6 Confira o trecho do Artigo Federalista número 10 citado pelos autores (2017, p. 214-215): "O zelo por diferentes opiniões a respeito da religião, do governo e muitos outros pontos, tanto como especulação quanto na prática; um apego a diferentes líderes que disputam ambiciosamente por proeminência e poder; ou para pessoas de outras descrições cujas fortunas foram interessantes para as paixões humanas, que, por sua vez, dividiram a humanidade em partes, inflamaram-nas com animosidade mútua e as tornaram muito mais dispostas a perturbar e oprimir umas às outras do que cooperar para o bem comum. Tão forte é essa propensão da humanidade de cair em animosidades mútuas, que mesmo onde não há motivo, as distinções mais frívolas e fantasiosas têm sido suficientes para acender paixões hostis e acentuar conflitos mais violentos". Tradução livre.

ção de **grupos políticos**, passando desde a tendência de as pessoas formarem grupos, até a construção do pensamento dualista nós/ eles e o poder da emoção superior à razão nas atividades do grupo. Citaram diversos estudos científicos sobre a organização do pensamento político dos indivíduos e formação de opinião em torno de grupos, a fidelidade política adulta e a dificuldade de mudar as escolhas advindas desse padrão, que acompanha o indivíduo desde tenra idade (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 215-222).

Advertem que, a partir da década de 1960, houve o declínio da teoria de grupos, ressurgindo a teoria da participação popular na política, focada em indivíduos racionais com ideologias, mas sem identidade de grupos. Assim, o individualismo liberal assumiu o domínio da teoria e das práticas empíricas, conferindo sustentação às teorias de participação popular (*folk theory*) e do voto retrospectivo (*leadership selection*) (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 222-228).

Contudo, a partir da década de 1980, emergiu o **conceito de identidade**, segundo o qual o indivíduo sente determinados padrões, atitudes e organizações como sendo parte de si. A teoria da identidade explica por que as pessoas adotam as opiniões do grupo ao qual sentem pertencer. A identidade não resulta da adesão ao grupo por ideologia ou credo, mas por conexão emocional. Sob tal ordem de ideias, os **grupos** voltaram ao foco da psicologia política, embora não esteja claro se a identidade motiva as atitudes ou se as atitudes motivam a identidade, certo está que o pertencimento ao grupo está sendo substituído pela identidade de grupo (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 228-231).

O diagnóstico dos autores é que uma teoria **realista** da **democracia** deve se basear em uma teoria **realista** da **psicologia política**, pavimentada por quatro elementos. O primeiro deles é construir uma moldura para pensar sobre os eleitores que escape do liberalismo de participação popular (*folk theory*) e se aproxime do que Madison enunciou (teoria de grupos). O segundo é trazer a **teoria da identidade** para o mundo macrossocial da política e estudar melhor o papel das elites políticas em estruturar clivagens relevantes. O terceiro elemento diz respeito a que os impactos das identidades sejam demonstrados não apenas em laboratórios, mas também no mundo real da política. O último elemento diz sobre a ciência política no estudo da **teoria da identidade**, tornar-se mais cognitiva, como a psicologia social (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 230).

Mitos sobre o comportamento eleitoral não se sustentam diante das evidências científicas colhidas pelos autores, como por exemplo o de que o eleitor sabe o que quer e o de que vota segundo suas preferências políticas ou ideológicas. Não só o eleitor se contradiz e não compreende bem temas econômicos e sociais, como também não se orienta pelo “clima” da política pública (*policy mood*), nem por temas de interesse

nem por ideologia, quando da tomada de decisão sobre em qual candidato deva votar (ACHEN; BARTELS, 2017, p. 24-25; p. 46).

A contribuição do trabalho de Achen e Bartels é extremamente significativa em termos de reorientação do comportamento eleitoral por uma psicologia política **realista**, que destigmatiza o **ideal** de eleitor consciente, racional, informado, **não** influenciado por grupos sociais aos quais pertence desde tenra idade, como família, escola e igreja. Essa visão romântica e **irrealista** não sobrevive às pesquisas empíricas, que apontam para a necessidade de a teoria democrática estar fundamentada em **grupos de identidade** e **partidos políticos**, ao invés de preferências individuais.

3 REGIME DE CRISES: DESCONSTRUÇÃO E TENSIONAMENTOS

Numa sociedade complexa, pluralista e multicultural, a democracia se transforma numa caixa de ressonância para a discussão das expectativas e dos pleitos de maiorias e minorias - os *players* no jogo democrático -, o que resulta, invariavelmente, em conflitos, incertezas e tensionamentos, fazendo o pêndulo da democracia⁷ se mover.

Como já apontado no tópico I deste estudo, a existência de conflitos e a convivência com incertezas são da natureza desse regime. Importa, no entanto, considerar as advertências de Bobbio (2000, p. 93-95) quanto ao risco de ingovernabilidade a que as democracias estariam predestinadas, por conta de excessivas demandas da sociedade, do potencial maior de conflitos sociais e da difusão e fragmentação do poder.

O autor adverte que a liberdade de se organizar e de se expressar conduz a uma articulação ágil e volumosa da sociedade civil, para a qual o Estado Liberal não está preparado a dar resposta, e que os procedimentos para tomar decisões coletivas, ou que deveriam dar uma resposta às demandas propostas, esvaziam o *iter* da decisão (BOBBIO, 2000, p. 93-94).

A segunda advertência está em que a diversidade, a pluralidade e a complexidade das sociedades modernas democráticas são um terreno fértil para os conflitos entre grupos que representam interesses diversos e quanto mais conflitos, maior é a dificuldade em dominá-los. Num quadro de interesses múltiplos, não é possível satisfazer a um deles sem ofender um outro. (BOBBIO, 2000, p. 94).

O terceiro alerta está no fato de o poder, nas sociedades democráticas, ser difuso, fragmentado e de difícil recomposição. Difuso porque há vários centros de poder, uma verdadeira poliarquia, cuja recomposição resulta ser difícil. Maior será a difusão do poder quanto maior for a proliferação dos lugares em que se tomam decisões coletivas.

⁷ Para Leonardo Avritzer (2019, p. 49) o conceito de pêndulo implica que é possível haver fortes movimentos antieleitorais e antidireitos em funcionamento por dentro da estrutura democrática. Não se confunde o movimento pendular com ruptura democrática.

Uma patologia decorrente dessa fragmentação do poder está na geração de conflito entre aqueles sujeitos que deveriam resolver os conflitos da sociedade, o que exaspera a conflitualidade própria desse regime (BOBBIO, 2000, p. 95).

Essa introdução sobre conflitos numa sociedade democrática é relevante, em termos de governabilidade apenas, pois Levitsky e Ziblatt (2018, p. 15-16) apontam que as democracias no mundo contemporâneo deixam de existir não mais em decorrência de conflitos ou golpes militares, mas nas mãos de líderes eleitos, que mantêm a Constituição e as instituições, que realizam eleições e que permitem a publicação de jornais: o sistema é desconstruído por dentro, aos poucos, quase imperceptível.

A partir dos estudos de Juan Linz, os autores elaboraram quatro sinais de alerta para reconhecer um líder antidemocrático: “1) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; 2) negam a legitimidade de oponentes; 3) toleram e encorajam a violência; 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 32-35).

O primeiro alerta pode ser notado quando o líder rejeita a Constituição ou manifesta estar disposto a violá-la, sugerindo medidas antidemocráticas para “forçar” mudanças no *establishment* (cancelar eleições, recusar a aceitar resultados eleitorais, proibir organizações ou restringir direitos civis ou políticos básicos ou ainda orquestrar golpes militares, insurreições violentas ou protestos de massa).

O segundo alerta foca no tratamento de rivais como subversivos, criminosos ou contrários à ordem constitucional existente. Desqualificar os adversários políticos faz parte da estratégia de erosão democrática por dentro do sistema. E não se trata de apenas um adversário, mas de uma legião deles (políticos, líderes empresariais, meios de comunicação ou figuras públicas). Neutralizar a influência dos oponentes, implica marginalizá-los, impedi-los, cooptá-los e, até mesmo, corrompê-los. E se não cederem a essas estratégias, deverão ser enfraquecidos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 84).

Outro indicador está relacionado à proximidade com gangues armadas, forças paramilitares, milícias, guerrilhas ou outras organizações armadas, seja por meio de patrocínio a esses grupos, de apoioamento tácito à violência de seus apoiadores ou de elogio aos atos de violência política ocorridos no passado ou em outros lugares do mundo.

O quarto sinal antidemocrático é o apoioamento a leis ou políticas restritivas das liberdades civis - como as que ampliam leis de calúnia e difamação ou que limitam protestos e críticas ao governo - e a ameaça de tomar medidas legais contra os críticos em partidos rivais, na sociedade civil ou na mídia. Segundo Levitsky e Ziblatt (2018,

p. 32), o apelo populista é amplamente utilizado pelo líder que, além de declarar guerra contra o que descreve como elite corrupta e conspiradora, promove o ataque aos partidos estabelecidos, tidos como antidemocráticos e antipatrióticos, no intuito de “devolver” o poder ao povo.

A análise dos quatro elementos caracterizadores da presença autoritária aponta para o desmantelamento da democracia ao longo do tempo, por meio de medidas que, isoladamente, não parecem trazer qualquer risco à democracia (alteração na composição⁸ de Cortes de Justiça, mudança do quórum de formação de maioria, eleição de aliados para ocupar cargos de órgãos de inteligência), mas que abalam a higidez de instituições judiciárias e policiais.

Em arremate, a democracia se constrói e se destrói a partir do componente denominado **eleitor**, que responde pela escolha de líderes para as diversas esferas de poder. Nenhum líder sozinho pode acabar com a democracia nem restaurá-la. É uma fórmula política exigente, que demanda interação constante e vigilância diuturna do cidadão como engrenagem central desse mecanismo, como destacaram os professores Achen e Bartels (2017, p. 344)⁹ e a senadora norte-americana Kamala Harris (2020, n.p.)¹⁰, recém eleita vice-presidente dos Estados Unidos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há poucas décadas, eram os golpes de Estado que respondiam pela quebra das democracias, numa ruptura imediata e evidente, que representava a **morte súbita** desse regime. Nos tempos atuais, a técnica de desmantelamento democrático foi aprimorada num mecanismo que corrói o sistema por dentro e provoca uma **morte lenta**, agonizante e quase imperceptível.

Essa erosão democrática começa nas urnas. A via eleitoral é o caminho para os líderes autocratas alçarem o poder. Eleitos, segundo as regras do *free and fair elections*, orquestram os passos para quebra do regime em suas minúcias: rejeitam as regras democráticas do jogo, negam a legitimidade de oponentes; toleram e encorajam a vio-

8 A mudança na composição da Corte Suprema já foi objeto de análise do professor de Harvard, Mark Tushnet (2012, n.p.), ao apontar que, por meio da Corte é alterada a interpretação dominante da Constituição e o conteúdo dos direitos fundamentais. Pode-se pensar que hoje o cidadão esteja satisfeito, porque a Corte Suprema protege os direitos fundamentais, mas nem sempre foi assim e não será assim no futuro. O autor conclui que o que importa não é a Constituição, nem a Corte Suprema, mas a Corte Suprema que temos em dado momento.

9 Segundo os autores (2017, p. 344), a história do século XX demonstra que preservar a democracia requer sólidas instituições democráticas e infalível vigilância. No original: “As the depressing history of the 20th century demonstrates, preserving constitutional democracy requires sound institutional structures and unfailing vigilance”.

10 O primeiro discurso da vice-presidente eleita dos Estados Unidos, Kamala Harris, pronunciado em 07 de novembro passado, traduz a interação entre democracia e povo e a necessidade de constante vigilância e proteção da fórmula democrática: “O congressista John Lewis, antes de falecer, escreveu: ‘A democracia não é um estado. É uma ação’. E o que ele quis dizer é que a democracia dos Estados Unidos não é garantida. Ela é tão forte quanto nossa vontade de lutar por ela, de protegê-la e nunca tomá-la como garantida. E proteger nossa democracia exige luta e sacrifício, mas há alegria nisso. E há progresso, porque nós, o povo, temos o poder para construir um futuro melhor. E quando nossa própria democracia estava em votação nesta eleição, com a própria alma dos Estados Unidos em jogo e o mundo assistindo, vocês inauguraram um novo dia para os Estados Unidos.” (Grifei).

lência; sinalizam para restrição de liberdades civis de oponentes, inclusive a liberdade de imprensa.

A receita populista numa sociedade complexa e multicultural contribui para a corrosão do regime, na medida em que o discurso autocrático encontra penetração entre grupos de interesses matizados por ideias conservadoras, salvacionistas, nacionalistas, de ataque a instituições e a partidos políticos e de desmonte de direitos sociais e de minorias.

O que subjaz nesse processo desconstrutivo é a redução da proteção da liberdade a um patamar inaceitável para garantia dos direitos fundamentais. Remover o núcleo democrático do Estado de Direito e romper com a estabilidade desse regime é deixar o cidadão vulnerável a toda sorte de violação em seus direitos. A assepsia do comportamento eleitoral é uma ferramenta decisiva para elevar esse patamar de proteção à liberdade e à igualdade, por influir na higidez do regime democrático.

Na era atual da pós-modernidade, a democracia é a fórmula política que melhor assegura a liberdade e a igualdade. A depender da intensidade das práticas corrosivas desse regime e do comportamento do eleitor, a sociedade poderá caminhar para o estabelecimento de governos autocráticos eleitos, de matiz populista que, sob o manto do Estado de Direito, inaugurem um *standard* precário, em termos de proteção de direitos fundamentais, na contramão da liberdade.

REFERÊNCIAS

ACHEN, Christopher H.; BARTELS, Larry M.. **Democracy for realists: why elections do not produce responsive government**. Princeton: Princeton University Press, 2017. (Princeton). With a new afterword by the authors. ISBN 9780691178240.

AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 2019. 208 p. ISBN 9786580309450.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. v.2 Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 319-329. ISBN 8523003088.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. Tradução de: Liberalismo e Democracia. Tradutor Marco Aurélio Nogueira. ISBN 8511140662.

BONAVIDES, Paulo. A prevalência de Cádiz sobre Filadélfia no berço do constitucionalismo brasileiro (dois séculos de constitucionalismo na América portuguesa. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman Salem; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (org.). **Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 453-465. Homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. ISBN 9788520363645.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia X Constituição: um navio à deriva ? **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: Estudos e Documentos de Trabalho**, São Paulo, v. 1, p. 5-23, 2011. Mensal. ISSN 22364544.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Reforma política: um mito inacabado. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem (org); LEMBO, Cláudio (coord.). **Reforma política: um mito inacabado**. Barueri: Manole, 2017. Cap. 1. p. 1-13. (Série Culturalismo Jurídico). ISBN 9788578682811. Disponível em: https://espacodemocratico.org.br/wp-content/uploads/2018/06/reforma_politica.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

COSTA, Rafael de Oliveira. Democracia. Uma fórmula política exigente. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; LEMBO, Cláudio Salvador. **Direito constitucional político-eleitoral: estudos em homenagem à Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Cap. 18. p. 220-228. ISBN 9788582383407.

DAHL, Robert A.. **A Constituição norte-americana é democrática ?** 2. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015. 192 p. Tradução de: Vera Ribeiro. ISBN 9788522518043.

DAHL, Robert A.. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. (Biblioteca Jurídica WMF). Tradução de: Democracy and its critics. Tradutora Patrícia de Freitas Ribeiro. ISBN 9788578274863.

DAHL, Robert A.. **La Democracia y sus críticos**. 4. ed. Barcelona: Paidós, 1992. 476 p. (Estado y Sociedad). Tradução de: Democracy and its critics. Tradutor Leandro Wolfson. ISBN 9788475097669.

DAHL, Robert A.. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. 237 p. (Clássicos 9). Tradução de Celso Mauro Paciornik. ISBN 8531404096.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional: o estudo da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 319 p. ISBN 9788502221768.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2019. 383 p. (Oxford Constitutional Theory). ISBN 978850198840497.

HARRIS, Kamala. **Discurso**. Pronunciamento em 07 novembro de 2020 em Wilmingon (EUA). Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2020-11-08/leia-o-primeiro-discurso-de-kamala-harris-como-vice-presidente-dos-eua.html>. Acesso em 08 nov. 2020.

LEMBO, Cláudio. **Participação política e assistência simples**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN 9788521800668.

LEMBO, Cláudio. **Eles temem a liberdade**. Barueri: Minha Editora: São Paulo: Manole, 2006. 80 p. (Série Culturalismo). ISBN 8598416177.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 270 p. Tradução de: *How democracies die*. Tradutor: Renato Aguiar. ISBN 9788537818008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LORENCINI, Bruno César. **Democracia qualificada e responsabilidade política**. São Paulo: Liber Ars, 2018. 311 p. ISBN 9788594591111.

MILOSEVICH, Mira. Rusia truncada: el populismo ruso contemporáneo. In: RIVERO, Ángel; ZARZALEJOS, Javier; PALACIO, Jorge del (org.). **Geografía del populismo: un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump**. 2. ed. Madri: Tecnos; Faes Fundación, 2018. Cap. 24. p. 321-329. ISBN 9788496729223. ISBN 9788430976010.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Teoria da Constituição: abordagem à luz do pensamento de Karl Loewenstein. In: GARCIA, Maria; CAVALCA, Renata Falson; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: questões fundamentais da teoria da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 141-164. ISBN 9788536248455

NUN, José. **Democracia: gobierno del pueblo o gobierno de los políticos ?**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000. 183 p. ISBN 9505573731.

PASQUINO, Gianfranco. **La democracia exigente**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999. 118 p. Tradutor Ricardo Gonzalez. ISBN 9789505573202.

SARTORI, Giovanni. **La democracia en treinta lecciones**. Cidade do México: Taurus, 2009. 152 p. Tradução de Alejandro Pradera. ISBN 9786071101532.

SARTORI, Giovanni. **Qué es la democracia ?** Madri: Taurus, 2007. 453 p. Tradução de Miguel Ángel González Rodríguez, María Cristina Pestellini Laparelli Salomon e Miguel Ángel Ruiz de Azúa. ISBN 9788430606238.

TILLY, Charles. Democracy is a Lake. The Working Paper Series. Working Paper 185. In: ANDREWS, G. Reid; CHAPMAN, Herrick. **The Social Construction of Democracy**. Nova Iorque: New York University Press, 1995. Disponível em: <http://www.insu-misos.com/httpdocs/articulos/La%20democracia%20es%20un%20lago.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 213 p. ISBN 9788551912034.

TUSHNET, Mark. **Por que la Constitución importa ?** Bogotá: Yale University Press, 2012. Tradução de: *Why the Constitution matters*. Tradutor: Alberto Supelano [Livro eletrônico].



CAPÍTULO 2

EJA, ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO E AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DE BAIXO CUSTO: UM CASAMENTO POSSÍVEL EM PROL DA INCLUSÃO DE PESSOAS IDOSAS

EJA, SPECIALIZED EDUCATIONAL SERVICE AND LOW COST INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES: A POSSIBLE MARRIAGE FOR THE INCLUSION OF ELDERLY PEOPLE

Milton Silva de Vasconcellos¹
Valdirene Santos de Sena²

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.2

Não é verdade que as pessoas param de perseguir sonhos porque envelhecem, elas envelhecem porque param de perseguir os sonhos.

Gabriel Garcia Marquez

¹ Universidade Católica do Salvador. <https://orcid.org/0000-0003-3316-5269>. miltos.vasconcellos@gmail.com
² Universidade Católica do Salvador.. <https://orcid.org/0000-0002-0232-803X>. valsena21@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo analisa como tema a questão da inclusão educacional de idosos por meio da Educação de Jovens e Adultos. Definindo como objetivo geral a possibilidade de adoção do atendimento educacional especializado na educação de pessoas idosas, o texto é fruto de uma pesquisa teórica, valendo-se de fontes documentais e bibliográficas de onde se concluiu que o tratamento legal do AEE não impede sua aplicação a outros grupos, sendo este instrumento didático passível de utilização em conjunto às tecnologias de informação de baixo custo como eficaz meio de alfabetizar pessoas idosas.

Palavras-chave: Educação de Jovens e Adultos; Atendimento educacional especializado; Tecnologias de informação de baixo custo; Pessoas idosas

ABSTRACT

This article analyzes the issue of the educational inclusion of the elderly through Youth and Adult Education as a theme. Defining as a general objective the possibility of adopting specialized educational assistance in the education of the elderly, the text is the result of a theoretical research, drawing on documentary and bibliographic sources from which it was concluded that the legal treatment of ESA does not prevent its application to other groups, this teaching tool being able to be used together with low cost information technologies as an effective means of literacy for elderly people.

Keywords: Youth and Adult Education; Specialized educational assistance; Low-cost information technologies; Old people

1 INTRODUÇÃO

Fruto da feliz confluência de interesses entre pesquisas diferentes, o presente texto visa tratar – e dessa forma já se indica seu objetivo geral – da possibilidade de aplicação das políticas de atendimento educacional especializado (AEE) no conjunto das políticas de educação de jovens e adultos voltado a pessoas idosas. Alia-se portanto à pesquisa já realizada pelo primeiro autor sobre direitos de pessoas com deficiência à pesquisa da coautora sobre educação e inclusão social de forma a se discutir o presente tema.

Deste objetivo geral já informado depreende-se três objetivos específicos, a saber:

- a. Discorrer sobre o tratamento teórico feito pela literatura acerca da deficiência, seus modelos de compreensão, desenvolvimento histórico e efeitos decorren-

tes reflexos da noção biomédica e social da deficiência para o conjunto normativo e responsabilidade estatal;

- b. Abordar a questão da pessoa idosa e seu direito a inclusão por meio da educação;
- c. Situar a aplicação da educação de jovens e adultos por meio do atendimento educacional especializado e tecnologias da informação e comunicação de baixo custo como ferramentas de alfabetização de pessoas idosas.

Diante destes objetivos já listados, bem como da atual previsão legislativa do AEE voltado aparentemente apenas a pessoas com deficiência é que se identifica o problema de pesquisa a partir da seguinte indagação: Diante da legislação atual, existe possibilidade de inclusão social de pessoas idosas por meio da Educação de Jovens e adultos, valendo-se do atendimento educacional especializado?

Para tanto, o argumento desenvolvido é proposto a partir de uma divisão em três partes, onde na primeira aborda-se o tratamento teórico sobre a deficiência, seus modelos de compreensão e desenvolvimento histórico satisfazendo assim o primeiro objetivo específico indicado supra. Na segunda parte descreve-se a questão da pessoa idosa e seu direito a inclusão por meio da educação, satisfazendo assim o segundo objetivo específico já indicado. Por fim, na terceira e última parte, enfrenta-se o ponto de maior importância no presente texto, abordando a educação de jovens e adultos por meio do atendimento educacional especializado e tecnologias da informação e comunicação de baixo custo como ferramentas de alfabetização de pessoas idosas.

Sob o aspecto metodológico o texto é resultado de pesquisa teórica fundada em fontes bibliográficas e documentais fruto da revisão bibliográfica de temas de interesse e pesquisa realizadas pelos autores.

2 A QUESTÃO DA DEFICIÊNCIA

É fato que, longe de ser uma anormalidade/imperfeição, a deficiência é parte da condição e experiência humana. Contudo, tal percepção nem sempre foi assim, sendo inicialmente compreendida como uma disfunção do corpo (modelo biomédico), até ser entendida como uma peculiaridade do corpo da pessoa, um atributo normal do indivíduo (modelo social) com reflexos diretos para a responsabilidade estatal na formulação de políticas públicas.

O sentido da concepção de deficiência não é uma realidade pronta, posto que se altera com o tempo e ganha matizes distintas a depender do olhar (científico) que se estabeleça. É fato que são os valores culturais, historicamente localizados, que permitem

a identificação de pessoas estigmatizadas em função da deficiência. Face a isso, Ribas (1985) sugere que a compreensão sobre os padrões em que se expressam a diferença numa sociedade só podem ser estudados em função do contexto histórico em que se insere.

Nesse sentido, a partir de cinco divisões no período histórico, são identificadas distintas concepções que vão desde a concepção da deficiência como um castigo divino ou à virtude de divindades (idade antiga/média), a deficiência compreendida a partir de um padrão “normal” para o ser humano (idade moderna), alcançando na idade contemporânea dois modelos de deficiência: o modelo biomédico (a deficiência associada a uma disfunção do corpo) e o modelo social (a deficiência vista como um atributo do indivíduo, uma característica de seu corpo).

Quadro 1 - Concepções de deficiência por período histórico

Período histórico	Concepção	Reflexos dessa concepção
Idade Antiga (Grécia)	Deficiência associada a um castigo divino ou à virtude de divindades.	A deficiência concebida como algo negativo.
Idade Média	Deficiência enquanto fenômeno espiritual.	Deficiência como um castigo divino ou possessão diabólica.
Idade Moderna	Racionalismo e o afastamento das visões supersticiosas sobre deficiência.	Tentativa de tratamento da deficiência a partir de uma adequação ao padrão tido como “normal” para o ser humano.
Idade Contemporânea (séc. XX)	Modelo biomédico.	Deficiência enquanto estado de patologia.
Idade Contemporânea (fins do séc. XX e século XXI)	Modelo social.	Deficiência como um atributo do indivíduo, uma característica deste.

Fonte: adaptado de Carvalho-Freitas (2007).

Como afirmado alhures, além do reflexo citado, outro ponto importante diz respeito às próprias políticas públicas legislativas que também sofrem influências a considerar o paradigma em que se inserem. Nesse sentido, a considerar o modelo biomédico de deficiência, marcado pelo traço da exoneração estatal, prevalecem políticas públicas não inclusivas e segregadoras, contrapondo-se ao modelo social de deficiência, que enseja um novo paradigma, onde a deficiência é concebida como um atributo do corpo da pessoa, superando-se assim a visão excludente e exoneratória da responsabilidade estatal (DINIZ,2007).

A compreensão sobre a deficiência traz reflexos importantes acerca de quem são as pessoas, seus direitos e inserção na sociedade que vivem de alguma forma atrelado

a esta ideia. Em outros termos, mais do que apenas teorizar o tema, a discussão sobre as formas em que se compreendeu e se desenvolveu a noção sobre deficiência explica em grande parte, as características e direitos conquistados por estas pessoas e até mesmo a forma (terminologia) como são tratadas.

Nesse sentido, em brevíssima síntese, costuma-se identificar dois momentos distintos, chamados de “modelos” onde se depreende o modelo biomédico e o modelo social da deficiência, situados em momentos distintos e geradores de efeitos igualmente diferentes.

Discorrendo acerca do primeiro modelo citado e remontando aos fins do século XX (1976), por meio de documentos da Organização Mundial de Saúde, a compreensão da deficiência enquanto estado de patologia (modelo biomédico) concretiza a definição desta realidade como algo relacionado a ideia a de uma anomalia de estrutura ou função psicológica.

Neste período, como continuação da adoção do critério de “normalidade” do ser humano, evidenciam-se tratamentos médicos em instituições psiquiátricas, onde além da segregação, reitera-se uma visão exoneratória do Estado.

Uma vez que a deficiência é compreendida como consequência natural da lesão ao corpo, o indivíduo portador de tais atributos é visto não como um sujeito de direitos, mas sim objeto de cuidados médicos, justificando assim a exoneração de responsabilidade estatal, cujas ações – quando existentes – possuem natureza que mais se aproximam da caridade do que propriamente de uma “política pública”, agravando ainda mais o alijamento e exclusão destas pessoas.

Acerca do tema, pondera Diniz (2007, p. 41) que com a publicação em 1980 pela a Organização Mundial de Saúde (OMS) de um “catálogo oficial de lesões e deficiências, surge a Classificação Internacional de Lesão, Deficiência e *Handcap* (*International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps – ICIDH*)”, criando assim uma catalogação similar a já existente para as doenças (CID: classificação internacional de doenças)”, onde as lesões e deficiências seriam neste universo compreendidas.

A intenção, mais do que simplificar o tema, era padronizar a terminologia internacional para fins de elaboração de políticas de saúde voltadas a esta área.

Para esta linha de pensamento deficiência seria:

[...] a perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado

patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão. (AMIRALIAN et al., 2000)

Em resposta a esta realidade de exoneração da responsabilidade estatal para com estas pessoas (haja vista ser a deficiência considerada como um problema do indivíduo) surge de uma visão contrária, a exigir a responsabilidade da sociedade para com as mesmas, mudando suas estruturas de forma a propiciar a inclusão.

Do conjunto destes argumentos, seria suscitada uma nova perspectiva na compreensão da deficiência não mais associada a uma doença ou problema do próprio para indivíduo, mas sim uma noção de forte inspiração do materialismo histórico, onde “a deficiência é vista como um atributo do corpo do indivíduo, sendo toda forma de não aceitação destes atributos uma forma de opressão da sociedade, surgindo assim o modelo social de deficiência”. (DINIZ, 2007, p. 23).

Acerca do tema, discorre a doutrina:

Os corpos com impedimentos seriam inúteis à lógica produtiva em uma estrutura econômica pouco sensível à diversidade. Já o modelo biomédico afirmava que a experiência de segregação, desemprego, baixa escolaridade, entre tantas outras variações da desigualdade, era causada pela inabilidade do corpo com impedimentos para o trabalho produtivo. Hoje, a centralidade no materialismo histórico e na crítica ao capitalismo é considerada insuficiente para explicar os desafios impostos pela deficiência em ambientes com barreiras, mas se reconhece a originalidade desse primeiro movimento de distanciamento dos corpos com impedimentos dos saberes biomédicos (CORKER; SHAKESPEARE, 2002, p. 3).

O conhecido modelo social da deficiência tem início na Inglaterra no final dos anos 70. Superando-se assim a visão da deficiência como um problema do indivíduo, para que se alcance uma noção de exclusão destas pessoas por força de barreiras, o advento de uma diferente compreensão reflete, “mais do que o esgotamento de um paradigma anterior, o surgimento de uma nova compreensão, fruto de uma visão que relaciona a deficiência ao meio ambiente” (COHEN, 2006, p.44).

Analisando as diferenças entre o modelo médico e o social de incapacidade, percebe-se que, enquanto aquele enfatiza a dependência, reproduzindo assim a noção da pessoa incapacitada como um problema, o modelo social rompe com tal visão para considerar as desvantagens individuais e coletivas das pessoas com deficiência como um problema institucional, concebido como uma “forma de opressão da sociedade, uma vez que são as barreiras do meio urbano, as causas de limitação à participação social destas pessoas” (AMIRALIAN:2000).

Para Cohen (2000), a deficiência é um conceito que pode variar em um sentido cultural, social e até mesmo ambiental:

A deficiência pode ser uma situação que faz parte de um contexto cultural, social e ambiental das pessoas que a possuem. Também pode ser vista como um aspecto

especial que oferece novas oportunidades para a experiência e o amadurecimento do nosso sujeito no mundo. Posturas corporais, competências motoras e motricidades específicas podem revelar pontos de vista mais de acordo com uma nova ordem que libere o tratamento do corpo deficiente dos modelos de um padrão idealizado. (COHEN, 2000, p. 25)

Tal perspectiva projeta-se também no campo da responsabilidade, forçando dessa forma as obrigações estatais e sociedade para com a inclusão destas pessoas. Pois, nesse contexto mais amplo a deficiência deixa de ser um problema e passa a ser compreendida como um atributo do indivíduo, uma característica deste, razão pelo qual a noção de “acessibilidade”, bem como a superação das “barreiras”, trazidas pela legislação convertem a um fim comum: a inclusão social.

Em síntese portanto, tem-se grande parte do século XX como palco do modelo biomédico de deficiência e, no final deste século e início do século XXI como o período em que se desenvolveu o modelo social de deficiência, expressando assim reflexos diretos na elaboração das leis e estas na forma de se referir a estas pessoas.

Nesse sentido, a apropriação de um uso correto de como se referir aos outros também expressa uma forma de respeito, pois a correta terminologia é também reflexo das lutas e direitos alcançados por estas pessoas. Logo, ao ter conhecimento da forma correta e insistir no uso equivocado de como se referir a estas pessoas, ignora-se toda esta trajetória de direitos conquistados.

Afinal, como bem pontua Sasaki (2002, p. 6) não se trata de uma mera “questão de semântica, mas sim de se evitar termos eivados de preconceitos, estigmas e estereótipos que bem caracterizaram as pessoas com deficiência ao longo de sua história”.

Para tanto, ainda que de forma sintética, e tomando como parâmetro o percurso histórico-legislativo a literatura indica sete etapas em que essa terminologia se desenvolve, sendo estas pessoas designadas como a) inválidos, b) incapacitados, c) defeituosos/deficientes/excepcionais, d) pessoas deficientes, e) pessoas portadoras de deficiência, f) pessoas com necessidades especiais/ pessoas especiais, g) pessoas com deficiência (SASSAKI,2005).

Entender a deficiência enquanto categoria, bem como o conjunto legislativo de proteção voltado a este grupo, permite uma melhor análise da baixa ou quase nenhuma efetividade dos direitos sociais destas pessoas, o que termina sendo ainda mais grave quando a deficiência é fenômeno presente a grupos já vulnerabilizados, como pessoas idosas.

3 A QUESTÃO DA PESSOA IDOSA E SEU DIREITO A EDUCAÇÃO

Segundo dados oferecidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE, 2015-2016), o Estado da Bahia chegou a dois milhões de pessoas idosas, sendo sétimo estado no país em aumento de população idosa, com crescimento da população idosa em percentual de 6,8% contra 3,7 da média nacional. Por força destes números, o IBGE projeta que para 2030 o Estado terá quase três milhões de pessoas idosas.

Soma-se a estes dados, o fato de que, a Bahia é o estado com maior número de analfabetos no país, segundo Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC/IBGE, 2019). A partir destes números e, considerando que o percentual de analfabetos é maior na população idosa (54,8% segundo o IBGE), depreende-se a importância da discussão acerca da educação de pessoas idosas, como mais efetivo meio de inclusão social destas pessoas.

Definidos sob o prisma legal a partir do caráter etário, a pessoa idosa é objeto de tutela legal específica no direito brasileiro. Para além da abordagem legal, a velhice, além de ser um fenômeno natural e inerente à vida (para aqueles que conseguem chegar até lá), expressa também reflexos para a vida política, social e financeira, razão pelo qual Sá (2002, p. 1120) o tratar como um “conceito aberto”, resultado de seu percurso de vida:

O idoso é um ser de seu espaço e de seu tempo. É o resultado do seu processo de desenvolvimento, do seu curso de vida. É a expressão das relações e interdependências. Faz parte de uma consciência coletiva, a qual introjeta em seu pensar e em seu agir. (SÁ, 2002, p. 1120)

Importante registro do termo também se dá pela menção feita na Declaração de Direitos Humanos (DUDH) em seu art. XXV, quando consagra a “velhice” como situação ameaçadora a um padrão de vida desejado e portanto tutelado como direito de todos os homens. Refletindo assim, a pessoa idosa com especial proteção que viria a ser concretizada nas Constituições, como é o caso do Brasil quando no art. 230, indica a defesa das pessoas idosas e o dever do Estado, da família e da sociedade em assegurar não apenas a dignidade e bem estar dessas pessoas, mas também sua participação na sociedade: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

Decorrência disso, ao se pensar na “participação” de pessoas idosas, apesar da ponderada posição de Azevedo (2020, p. 470) que a situa como “o grau de mobilização em busca da legitimidade de fala na condição dos direitos que titularizam” mister

pensar na participação como forma de inclusão social destas pessoas, a qual se dá, sobretudo por meio da efetividade de seus direitos sociais, dentre estes, a educação.

Sob o ponto de vista legal, o Estatuto do Idoso (Lei 10 741/03), trata a educação, juntamente com a cultura, esporte e lazer como direitos assegurados a pessoas idosas por meio de produtos e serviços que respeitem suas condições peculiares (art. 20). Especificando ainda mais essa regra, o parágrafo primeiro deste mesmo artigo prevê cursos especiais para idosos a partir da utilização de computação e demais avanços tecnológicos com vistas a sua integração à vida moderna.

Em que pese não possam ser considerados pessoas com deficiência, mas sim pessoas com mobilidade reduzida, a vida de uma pessoa idosa se expressa por meio de muitas limitações físicas e cognitivas autorizando assim pensar na utilização do atendimento educacional especializado (AEE) como uma estratégia de educação destas pessoas.

Importante distinção, a caracterização de PcD e pessoas com Mobilidade reduzidas (PmR) possui previsão legal e grande importância para fins o que se pretende defender no presente texto.

Ao primeiro grupo, as pessoas com deficiência (PcD) a LBI expressamente define no art. 2 como aquelas possuidoras de impedimentos de longo prazo que podem ter naturezas distintas (física, mental, intelectual ou sensorial), os quais em interação com uma ou mais barreiras podem obstruir a participação plena e efetiva destas pessoas em sociedade (BRASIL, 2015).

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Por outro lado, as PmR, apesar de também possuírem redução de mobilidade estas são decorrentes de “dificuldades de locomoção” (enquanto as PcD possuem impedimentos), os quais permanentes ou temporários diminuem a mobilidade, flexibilidade, coordenação motora ou percepção, sendo citados de forma expressa como exemplos destes grupos os idosos, lactantes, pessoas com criança no colo ou obesos:

Art. 3 [...]

IX - pessoa com mobilidade reduzida: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso; (BRASIL, 2015)

Desta forma, apesar da distinção legal, estes grupos (idosos e PcD) se aproximam quanto ao quesito das disfuncionalidades corporais (falta de flexibilidade, percep-

ção), ensejando desta forma a necessidade de utilização de ferramentas/instrumentos capazes de suprir as desvantagens.

4 EXPERIÊNCIAS JÁ REALIZADAS: É POSSÍVEL SER FEITO!

A partir da experiência já verificada com a implementação do Projeto BB Educar na década de 90 do século passado, voltado à alfabetização de jovens e adultos, inseriu-se por meio da prática educativa de uma jovem universitária em pedagogia, valiosa experiência da sua participação ativa no processo de alfabetização de pessoas idosas na Paróquia Nossa Sra. do Carmo, cujas comunidades locais (Sete de Abril, Canabrava, Nova Brasília, Novo Marotinho, Jardim e Nova Esperança) foram beneficiadas com o seu projeto de educação de jovens e adultos supervisionado pelo Programa BB Educar por meio de Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) de baixo custo, por meio de atividades musicais.

Açodadamente tratada como mecanismos unicamente ligados à área de internet e engenharias ligadas à tecnologia, as TIC's possuem tratamento mais amplo e que extrapola posturas mistificadoras e reducionistas deste termo, de forma a se obter uma visão desta como um instrumento de mediação:

[...] integrante de um conjunto de instrumentos teórico-metodológicos, ético-políticos e técnico-instrumentais socialmente construídos que possibilitem alcançar finalidades projetadas e produzir mudanças qualitativas na condução de diversos processos de trabalho. (VELOSO, 2012, p. 5)

Desta forma, buscando uma postura crítica acerca da utilização destes instrumentos o Veloso (2012, p. 6) irá afirmar que a apropriação deste recurso pauta-se sobretudo por sua valoração crítica e não puramente tecnológica, sugerindo desta forma o uso das TIC's sobretudo em face do caráter contraditório de determinadas relações sociais, onde a possibilidade de uso destas tecnologias podem configurar-se como importante meio de inclusão social.

Nesse sentido, formadas turmas com pessoas idosas residentes nestes locais citados, as atividades eram desenvolvidas a partir de temas ligados ao cotidiano de cada um. Com utilização de Tecnologias da Informação e da Comunicação de baixo custo (neste caso específico sucatas somadas a recursos didáticos tradicionais) eram propostas construção da fala e depois da escrita, primeiro abordando as vogais da palavra escolhida, depois consoantes, até que se formavam as primeiras frases, com vistas a construção de uma produção textual livre a ser feita por eles mesmos (texto individual) e depois, estes textos iriam se somar na produção de uma grande atividade coletiva.

Finda esta primeira etapa, buscava-se músicas com aderência ao tema das palavras escolhidas por eles a fim de que sistematizando o texto musical à produção dos

idosos, intentava-se a construção de novas letras de músicas e assim, desenvolver o seu processo de aprendizado à alfabetização.

5 EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS: UMA NOVA PERSPECTIVA

A educação como um direito social constituída na Constituição Cidadã brasileira de 1998, é um direito coletivo sob a responsabilidade do Estado e da Família, assim como da sociedade ao promovê-la na sua participação cidadã na tomada de decisões das políticas públicas do Brasil.

E desse direito social destaca-se a educação básica como um direito de todos os cidadãos brasileiros, cujo desafio da história de educação destaca-se a mobilidade de ensino a Educação de Jovens e Adultos - EJA - que trata de formar jovens e adultos com defasagem escolar por seus inúmeros motivos pessoais, considerando os rótulos pela própria sociedade na sua violência sócio política, econômica e cultural.

A EJA está regulamentada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN - nº 9394/96 art. 37, como modalidade de ensino aos jovens e adultos que não tiveram acesso aos estudos e, ou não concluíram na idade certa, ou seja, no período regular.

O art.37 da LDBEN, Lei 9394/96, preconiza o ensino gratuito aos jovens e adultos em distorção idade-série, a fim de lhes oportunizar uma formação educativa de qualidade para o próprio desenvolvimento pessoal e profissional observando o contexto sócio histórico em que se encontra inserido: cultura, trabalho e tempo, conforme os eixos articuladores as diretrizes curriculares de educação, modalidade de ensino EJA.

Destarte, a EJA deve ser uma modalidade de ensino diferenciada ensejando um processo de aprendizagem com base na realidade do aluno, isto é, nas suas necessidades, características, e condições sociais, mas proporcionando-lhe a reflexão crítica para a consciência de suas responsabilidades como cidadão brasileiro e assim, construir seu próprio projeto de vida na construção do conhecimento acadêmico e profissional.

E para que essa construção seja consolidada, urge uma nova perspectiva na EJA para atender esses jovens e adultos com ações afirmativas que assegurem-lhe o direito à educação com qualidade e justiça social, especialmente às pessoas idosas com deficiência que fazem parte do grupo de minorias, desfavorecidas por serem pessoas com comorbidades, além de suas mobilidades reduzidas que dificultam mais ainda o seu acesso à formação educativa e cultural.

Segundo o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira de Freitas - INEP - , em 2019, as matrículas para o ensino da educação de jovens

e adultos reduziram-se em 7,7 % comparando-se ao ensino fundamental em 8,1% e ensino médio em 7,1%. Suscintamente, 3.273.668 alunos matriculados na EJA em 2019, cujo perfil na faixa etária menor da idade de 30 anos, sendo 57,1% do sexo masculino e 58,6% sexo feminino.

Para tanto, diante da atual conjectura sócio histórica brasileira é preciso rever tal realidade buscando alternativas que consolidem de fato o objetivo do art. 37, LDBEN. E assim efetivar o direito à educação para o grupo de minorias da nossa sociedade.

A Educação de Jovens e Adultos - EJA - como modalidade de ensino tem por fim assegurar os direitos educativos de um grupo minoritário que não teve a oportunidade de acesso aos estudos no período regular de seu desenvolvimento escolar, ou ainda, aos estudos que não foram concluídos na Educação Básica, consoante o art. 37, Lei 939496.

Historicamente, A Educação de Jovens e Adultos (EJA) tem origem desde a catequese dos jesuítas ao povo indígena no período colonial para catequisar os índios, considerados pelos colonizadores de 'selvagens' pela falta de educação e cultura. O objetivo era consolidar a fé católica através de um trabalho educativo, além de escravizar a população indígena para o mercado econômico.

Para Miranda, Souza e Pereira (2016, 01), a contextualização histórica da Educação de Jovens e Adultos na sociedade brasileira se dá a partir da apreensão e referência teórica de políticas públicas educacionais em função de uma efetiva transformação nos paradigmas da educação desse país a promoção de ensino e aprendizagem às pessoas desfavorecidas que não foram escolarizadas na idade própria.

Todavia, segundo Strelhow (2010, apud MIRANDA et al, 2016, p. 01) a educação de adultos decaiu-se no período imperial devido a chegada da família real portuguesa expulsando assim, os jesuítas, cuja responsabilidade do ensino será a partir de então do império.

A EJA teve relevância no período republicano, a partir da década de 30 no Plano Nacional de Educação estabelecendo a obrigatoriedade do ensino primário integral e gratuito pelo Estado com frequência regular e extensiva para adultos como direito constitucional Friedrich et al, (2010, apud MIRANDA et al, 2016, p.01).

Diante disso, a educação de adultos teve uma repercussão nacional pela necessidade de resolver o analfabetismo no Brasil, cuja reflexão se constituiu em 1947, Colavitto e Arruda (2014, apud MIRANDA et al, 2016, p. 02). E a partir de então criou-se o Serviço Nacional da Educação de Adultos (SNEA) para o ensino Supletivo;

Certamente, é na década de 50 que se realiza a primeira Campanha Nacional de Erradicação do Analfabetismo (CNEA) adentrando-se na próxima década - 1960 - com o Movimento da Educação de Base - MEB - Vieira (2004, apud MIRANDA, 2016, p.02). E sete anos após, o MOBREAL - Movimento Brasileiro de Alfabetização - é criado pelo governo militar para alfabetizar e propiciar uma formação contínua, Strelhow (2010, apud MIRANDA et al, 2016, p. 02).

Para melhor compreensão do contexto histórico da EJA, o ensino supletivo destacou-se nos anos 70, criado em 1971 pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº. 5.692/71. Contudo, a implantação da EJA de fato se consolidou na década de 80 pela Fundação Nacional para Educação de Jovens e Adultos (Fundação Educar) em parceria com o Ministério da Educação, qual proposta promovia apoio técnico e financeiro à erradicação do analfabetismo no Brasil.

Destarte, é em 1996 que a EJA é legislada pela nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN - nº. 9.394/96, preconizando aos jovens e adultos trabalhadores o direito à educação no ensino básico, gratuito, e sob responsabilidades dos entes federados pela necessidade de efetivar o acesso e permanência no ensino público.

Segundo Vieira (2004, apud MIRANDA, 2016, p.02), o governo federal brasileiro criou o Programa Brasil Alfabetizado com projetos direcionados a formação profissional como o Projeto Escola de Fábrica, PROJÓVEM, PROEJA. Este, para educação profissional de jovens e adultos /ao ensino médio.

Outrossim, em 2007 o MEC cria o Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica - FUNDEB - para ajustar o problema de analfabetismo juvenil e adulto que vinham transcorrendo no desenvolvimento sócio econômico do país. A finalidade do FUNDEB visava destinar os recursos públicos financeiros à educação e assim com o investimento melhorar o desenvolvimento das modalidades de ensino, principalmente da EJA.

Mas mesmo assim não resolveu o problema da educação de jovens e adultos, uma vez que as políticas públicas educacionais não focavam no ponto central do processo: prioridade à educação para todos com qualidade e compromisso.

Para que se concretize mesmo a EJA, se faz necessário além de políticas públicas ações afirmativas como investimentos reais para que a continuidade dos estudos e permanência do aluno na escola seja promovida com eficácia, eficiência e praticidade. Esta, desenvolvida com compromisso de oportunizar um processo de aprendizagem real e autônoma.

5.1 O atendimento educacional especializado e as tecnologias da informação e comunicação de baixo custo: instrumentos de inclusão

Consequência da própria previsão constitucional (art. 208, III) o atendimento educacional especializado é tratado pelo constituinte como uma garantia de efetividade do direito a educação a “portadores de deficiência” (era esse o termo usado à época do texto legislativo, em 1988), o que terminaria levando ao equívoco de alguns que, por meio de uma interpretação literal do dispositivo, afastar sua aplicação a outros grupos.

Com o advento do Decreto 7611/11 que traz a expressa definição de atendimento educacional especializado no art. 2, essa situação começa a ser alterada, pois a partir da própria definição do AEE pela norma citada como um “conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente voltados à eliminação das barreiras que obstruam o processo de educação” (BRASIL, 2011), defende-se uma aplicação mais ampla deste instituto, para inclusive alcançar – dentro de cada caso concreto – as pessoas com mobilidade reduzida, além das pessoas com deficiência.

Afinal, quando trata do AEE o próprio Decreto citado o indica para pessoas com transtorno globais do desenvolvimento (que não são pessoas com deficiência mas equiparado a elas para fins de proteção legal¹) e pessoas com altas habilidades ou superdotação (as quais, de igual forma também não são PcD), deixando claro assim a inadequação da interpretação literal do inciso III do art. 208 do texto constitucional de 1988.

Art. 2 [...]

§ 1º Para fins deste Decreto, os serviços de que trata o caput serão denominados atendimento educacional especializado, compreendido como o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente, prestado das seguintes formas:

I - complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, como apoio permanente e limitado no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos multifuncionais; ou

II - suplementar à formação de estudantes com altas habilidades ou superdotação. (BRASIL, 2011)

Importante destacar que apesar de sua proximidade, o AEE não é sinônimo de educação especial. Nesse sentido, apesar da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) tratar do AEE no seu art. 59 e citar logo de início os educandos com deficiência, ela logo em seguida cita outros dois grupos que não se enquadram nesta condição: as pessoas com transtorno global do desenvolvimento (autistas) e as pessoas com altas habilidades (superdotados).

¹ Art. 1, § 2 da Lei 12764/12.

Partindo do pressuposto da possibilidade de um processo educativo às pessoas idosas na EJA através do uso de TICs - tecnologias da informação e comunicação - de baixo custo como um instrumento potencial de consolidação na aprendizagem, o desafio a esse grupo de minorias é a sua inclusão efetiva no atendimento ao desenvolvimento de seu aprendizado por meio de ações estratégicas de ludicidade como a música, poemas, contos e outros, que permeiem a própria construção da aprendizagem de forma racional, mas prazerosa e dinâmica.

Nesse sentido, além de propiciar a autonomia da pessoa idosa com deficiência, o processo educativo com o uso de TIC's de baixo custo propicia ao direito de aprender com base no seu desenvolvimento proximal sobre a construção do conhecimento, isto é, o que ele pode aprender sobre o objeto de estudo através da produção de uma música, de um verso, de um poema ou poesia, um conto ou reconto, e dentre outros possíveis. Essa zona de desenvolvimento, proximal, é - baseando-se no pensamento de Vygotski - um ponto de intercessão entre o desenvolvimento real e o potencial, estimulado ao educando na interação com os demais sujeitos, já com a aprendizagem consolidada (REGO, 1995).

Enfim, o desenvolvimento proximal do aluno é um nível de desenvolvimento futuro, definindo-se como real, pois este aprende com a interação e posteriormente sozinho após a sua maturidade sócio educativa e cultural.

O educador como mediador do conhecimento enseja saber diferenciar as dificuldades do educando, principalmente na EJA com pessoas idosas, observando a individualidade de cada uma, visto que as habilidades individuais são distintas e que cada educando avança conforme seu desenvolvimento.

Daí a relevância de uma nova perspectiva na EJA: inclusão de pessoas idosas, principalmente as com deficiência, cujos sujeitos vulneráveis fomentam um processo educativo com uso de TIC's de baixo custo para assegurar seus direitos de minorias: acesso à educação e cultura.

Outrossim, percebe-se na teoria de Vygotsky, que a aprendizagem e o desenvolvimento da pessoa com deficiência se consolidam observando os níveis de desenvolvimento que são iguais para todas as pessoas, destacando-se assim, a sua própria integração social formada pelo percurso de seu aprendizado.

A inclusão desses sujeitos de pessoas idosas na EJA urge a revisão de tomada de decisões das políticas públicas sociais existentes, cujos paradigmas precisam ser quebrados para que a nova roupagem da EJA seja de fato de interação social e não de exclusão de um grupo já sobejamente excluído (por ser idoso e pessoa com deficiência).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já dito pelo gênio do jornalista e escritor colombiano Gabriel Garcia Marquez “as pessoas envelhecem quando deixam de perseguir seus sonhos”.

Dessa forma, se o processo de envelhecimento importa em muito mais do que o simples “passar do tempo”, a inclusão social por meio da educação mostra-se como a concretização desses sonhos.

Observou-se portanto, a partir do problema de pesquisa suscitado que, apesar da previsão legal atual fazer expressa referência a pessoas com deficiência ao se referir aos destinatários do atendimento educacional especializado, este por força de sua própria definição normativa trazida pela regulamentação do Decreto 7611/11 não se limita a pessoas com deficiência estendendo-se também a outros grupos, desautorizando-se assim a interpretação restrita deste instituto, pois apesar de sua proximidade, o AEE não é sinônimo de educação especial, sendo perfeitamente possível sua utilização em conjunto com as tecnologias de informação de baixo custo em políticas de educação de jovens e adultos aplicáveis a pessoas idosas.

Constatou-se que apesar da distinção entre pessoas com deficiência e pessoas com mobilidade reduzida (grupo em que se inserem os idosos), estas diferenças são muito mais normativas que fáticas, pois quanto ao quesito das disfuncionalidades corporais (falta de flexibilidade, percepção), os idosos também carecem da necessidade/ utilização de ferramentas ou instrumentos capazes de suprir tais desvantagens.

A existência de experiências já realizadas demonstraram que a educação de pessoas idosas por meio das tecnologias de informação de baixo custo resultou em satisfatórios resultados, com a inclusão e participação destas pessoas que se alfabetizavam por meio de músicas, poemas, contos e outros, e efetivaram a própria construção da aprendizagem de forma prazerosa e dinâmica.

Historicamente, observou-se que a EJA remonta a catequese dos jesuítas ao povo indígena no período colonial brasileiro, sendo na década de 30 do período republicano que se estabelece a obrigatoriedade do ensino gratuito pelo Estado com frequência regular e extensiva para adultos. Porém só no ano de 1947 é que se identificam políticas mais específicas voltadas ao EJA, como o Serviço Nacional da Educação de Adultos - SNEA - voltado para o ensino Supletivo e a posteriori a Campanha Nacional de Erradicação do Analfabetismo (CNEA) por meio do Movimento da Educação de Base - MEB - e sete anos após, o Movimento Brasileiro de Alfabetização - MOBRAF. Em tempos mais recentes, (2007) cria-se o Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica - FUNDEB - e a promessa, dentre outros, de ajustar o problema do analfabetismo

juvenil e adulto, por meio da alocação de recursos específicos para as políticas públicas da EJA, contudo tais políticas não foram capazes de resolver o problema da educação de jovens e adultos, haja vista a falta de cumprimento/efetividade das políticas existentes e respectiva prioridade a educação como um direito constitucional assegurado.

Nesse contexto, as pessoas idosas ainda marcadas por eventuais deficiências se inserem como duplamente vulnerabilizadas, impondo-se assim maior concretização de sua inclusão social e respeito aos seus direitos.

Desta forma, assegurado como um direito social, percebeu-se que a educação é um direito de responsabilidade do Estado e sociedade, legitimando-se assim que sua execução se dê por meio da participação de todos, inclusive dos próprios educandos idosos que, protagonizam os processos de educação nos contextos em que se inserem por meio das tecnologias de informação de baixo custo.

Afinal, como relembra o saudoso Prêmio Nobel de Literatura (1982): “Não é verdade que as pessoas param de perseguir sonhos porque envelhecem, elas envelhecem porque param de perseguir os sonhos”.

REFERÊNCIAS

AMIRALIAN Maria LT, Elizabeth B Pinto, Maria IG Ghirardi, Ida Lichtig, Elcie FS Masini e Luiz Pasqualin **Conceituando deficiência** Rev. Saúde Pública, 2000

AZEVEDO, Eulália Lima de. **Participação Cidadã do Idoso**. In. IVO, Anete Brito Leal (coord). Dicionário Temático Desenvolvimento e Questão Social, 2ª edição, São Paulo: AnnaBlume, 2020.

BRASIL, **Pesquisa nacional por amostra de domicílios : síntese de indicadores 2015 / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento**. - Rio de Janeiro : IBGE, 2016.

BRASIL, **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua (PNADC)** : IBGE, - Rio de Janeiro : IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9171-pesquisa-nacionalpor-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=publicacoes>. Acesso em 31 out 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 03 jan. 2021.

CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de. **A inserção de pessoas com deficiência em empresas brasileiras: um estudo sobre as relações entre concepções de deficiência, condições de trabalho e qualidade de vida no trabalho**. 2007. 314 f. Tese (Doutorado

em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: https://ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/incluir/tese_maria_nivalda.pdf. Acesso em: 28 dez. 2017.

COHEN, Regina. **Cidade, Corpo e Deficiência: Percursos e Discursos possíveis na experiência urbana**. Tese (Doutorado). EICOS – Programa de Estudos Interdisciplinares de Comunidades e Ecologia Social. UFRJ, Rio de Janeiro, 2006

CORKER, Mairiam; SHAKESPEARE, Tom. **Mapping the terrain. In: Disability/post-modernity: embodying disability theory**. Londres: Continuum. p. 01-17, 2002

DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007

MIRANDA, Leila C. de Paula; SOUZA, Leonardo Tavares de e PEREIRA, Isabella R. D. **A Trajetória Histórica da EJA no Brasil e suas perspectivas na atualidade**. Seminário de Iniciação Científica – SIC - 2016

REGO, Tereza Cristina. **Vygotsky: uma perspectiva Histórico- Cultural da Educação**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1995.

SÁ, Jaenete Liasch Martins de. A formação de recursos humanos em Gerontologia: fundamentos epistemológicos e conceituais. In: FREITAS, E. V. *et al* (Ed.). **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 2002. Cap. 137, p 1119-1124

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**. Revista Nacional de Reabilitação. São Paulo: ano 5 nº. 24, jan./ fev. 2002. p.6-9.

VELOSO, Renato dos Santos. **Tecnologias da informação e da comunicação: Desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPÍTULO 3

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E O ICMS: UM OLHAR PARA AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL, INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO

*TAX PLANNING AND ICMS: A LOOK AT THE
PROVISION OF INTERSTATE, INTERCITY AND
COMMUNICATION SERVICES*

Ricardo Scravajar Gouveia¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.3

¹ ricardo@gva.adv.br

RESUMO

Hoje no mundo corporativo ou em questões da vida cotidiana, as decisões e ações são calculadas e recalculadas com o objetivo de obter uma reação positiva ou esperada. No que diz respeito aos pontos internos e externos de um negócio também não é diferente. No entanto, o cálculo, ou melhor, verbalizando, o planejamento estratégico é posicionado fortemente para o desenvolvimento do produto ou no simples consumo. Deixando assuntos como o planejamento tributário de lado, sendo, por muitas vezes, negligenciado. Este artigo foi elaborado para que você possa interagir-se, um pouco, das regras basilares do Sistema Tributário Nacional. Usou-se como apoio para esclarecimento do assunto, um único tributo, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação ou tão somente ICMS normal. Alcançaremos, também, a ciência de qual pode ser o efeito fulcral, referente inobservância das regras do ICMS normal por não incluir de forma estruturada o planejamento estratégico tributário. Enfim, depois de analisar esse trabalho a sua vontade e atenção dada à questão tributária não será a mesma.

Palavras-chave: Planejamento. Sistema. Tributo. ICMS. Contribuinte.

ABSTRACT

Today in the corporate world or in everyday life issues, decisions and actions are calculated and recalculated in order to get a positive or expected response. With regard to the internal and external points of a business is also no different. However, the calculation, or rather, verbalizing, strategic planning is strongly positioned for product development or simple consumption. Leaving issues such as tax planning aside, being often neglected. This article was written so that you can interact, a little, with the basic rules of the National Tax System. We will use as a support to clarify the subject, a single tax, the tax on operations related to the movement of goods and on services of interstate, intermunicipal and communication services or just normal ICMS. We will also realize the science of what may be the central effect, referring to non-compliance with the normal ICMS rules for not including in a structured way the strategic tax planning. Anyway, after analyzing this work your will and attention given to the tax question will not be the same.

Keywords: System, Planning, Tribute, ICMS, Taxpayer.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como determinação identificar pontos que possam ser relevantes, tocante a falta de observação à questão tributária, tendo como alicerce para o estudo, o contribuinte do ICMS Normal São Paulo. E para auxiliar o entendimento do tema, este artigo conterà apresentação basilar do Sistema tributário nacional e ICMS normal.

A justificativa da escolha do tema, pauta na premissa de que todos têm o desejo comum de realizar negócios eficazes, para tanto, o planejamento tributário torna-se um dos assuntos que, claramente, necessita de atenção devido a alta e onerosa carga tributária brasileira que pode, provadamente, inviabilizar um projeto.

O Objetivo Geral e específico recai sobre o relato do efeito da inobservância da questão tributária do ICMS normal, formando o âmago da problematização deste trabalho, que gira em torno da seguinte questão Problema; qual pode ser o efeito fundamental, referente questão tributária tocante a inobservância das regras do ICMS normal.

A pesquisa possui o seguinte questionamento: O Sistema tributário brasileiro atribui para uma realidade nacional, complexa causando o chamado “custo Brasil” elevado ou seria apenas uma utopia?

Este estudo consistiu-se em pesquisa aplicada, de caráter científico dedutivo, e com o método auxiliar comparativo, bem como o explicativo e, por se tratar de um tema polêmico e que permanece atual, trouxe em seu contexto fundamentos jurídicos para mostrar ao leitor de forma clara e coesa o entendimento majoritário de especialistas relacionado ao tema.

Nesse sentido, os resultados serão apresentados sobre a forma qualitativa, pois darão liberdade ao pesquisador de compreender a presença e as alterações dos aspectos que abrangem o tema.

Por se tratar também da técnica revisão de literatura, os dados foram coletados através de levantamento bibliográfico, leis, súmulas, doutrinas, jurisprudências e artigos científicos já disponíveis na internet.

2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL CONCEITOS BÁSICOS

O sistema tributário nacional é tido como o abrangente e complexo. Tem um conjugado de termos que faz referência aos tributos constituídos no território brasileiro. Esse sistema é o organizador do pacote de tributos que tem o objetivo de angariar

recursos para pagar os custos levantados para promoção de segurança, saúde, educação, moradia e outros, salienta Martins Pontes (2017, p. 27).

O Sistema Tributário na Constituição de 1988 foi plasmado de forma a permitir captação melhor dos verdadeiros contornos superiores que o esculpem. [...] visto que a seção dedicada à de recitas tributárias é pertinente ao direito financeiro e não à convivência entre os sujeitos ativos e passivos da relação tributária [...].

Descrito está, no código tributário nacional que “O sistema tributário nacional é regido pelo disposto na Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal e, nos limites das respectivas competências, em leis federais, nas Constituições e em leis estaduais, e em leis municipais”. (BRASIL, 1966).

2.1 Hierarquias das Leis

De acordo com Martins (2017, pp. 23-73) o Sistema tributário Nacional é composto por uma enormidade de termos que a define, obedecendo a uma posição ou hierarquia:

- Constituição Federal;
- Emendas à constituição;
- Leis Complementares a constituição;
- Leis Ordinárias;
- Leis delegadas;
- Medidas Provisórias;
- Decretos legislativos;
- Resoluções.

2.1.2 *Constituição federal*

Essa é a fonte imperante da lei que se sobrepõe às demais leis, sendo que estas devem conciliar-se, somente correm o risco de perderem a eficácia por inconstitucionalidade.

2.1.3 *Emendas à constituição*

São os atos que visam modificar a própria Constituição Federal, suprimindo ou alterando seu texto original.

2.1.4 *Leis Complementares à Constituição*

São leis que complementam a Constituição Federal, disciplinando detalhes que seriam pequenos para constarem na Constituição Federal, e grande demais para serem difundidos na forma de Lei Ordinária.

2.1.5 Leis Ordinárias

São as leis que, efetivamente, instituem ou criam, aumentam, reduzem, extinguem os tributos, baseados no princípio da legalidade, determinando sua natureza ou fato gerador, e todos os demais aspectos formais.

2.1.5 Leis Delegadas

São aquelas elaboradas pelo Presidente da República, por delegação do Congresso Nacional, dentro de certos limites.

2.1.6 Medidas Provisórias

São normas instituídas pelo Presidente da República (em caso de urgência ou relevância), com força de lei, que são submetidas ao Congresso Nacional para a sua aprovação ou não, no prazo de trinta dias. Se aprovadas, são convertidas em leis (ordinárias) imediatamente, caso contrário perdem a eficácia desde a data de sua publicação. (RIBEIRO, 1997).

2.1.7 Decretos Legislativos

São atos essencialmente administrativos, sobre assuntos de gestão interna, mesmo quando produzam efeitos ao público externo. Sendo assim, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados editam Decretos Legislativos, com o objetivo de disciplinar suas próprias atividades. E também através Decreto Legislativo que são introduzidos os Tratados e Convenções Internacionais no sistema normativo.

2.1.8 Resoluções

São atos privativos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional, não necessitando de sanção presidencial.

2.2 Tributo

Em vários lugares do território Brasileiro, pessoas de pensamento comum têm o costume de chamar, de imposto, todo valor cobrado, por uma instituição pública seja ela qual for. Sendo que o imposto é uma espécie do tributo, melhor definindo o tributo é gênero e o imposto e outro como taxa, contribuição de melhoria, contribuições é espécie, conforme Fuhrer (2016, p. 36)

Caracteriza-se o tributo pela compulsoriedade, pelo pagamento em dinheiro ou valor equivalente, pelo seu caráter não punitivo, pela previsão legal e pela sua cobrança vinculada, sem margem de discricionariedade.

O conceito de tributo de acordo com o Código Tributário Nacional compõe-se na seguinte afirmativa “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo

valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966).

Para melhor compreensão:

Prestação, o ato de cumprir a obrigação ou o pagamento do tributo;

Pecuniário, o ato desse cumprimento ou pagamento ser baseado em moeda corrente, dinheiro;

Compulsória, a obrigatoriedade do tributo em si dentro da forma legal. (BRASIL, 1966).

2.3 IMPOSTOS, TAXAS E CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA

O imposto, taxas e contribuições de melhoria são a espécie do tributo. Que tem como Fato gerador a situação definida em lei como descreve Ives Gandra sobre as contribuições “Todas as contribuições, sem exceção, são parte do sistema tributário e todas elas só devem vir à luz por força de lei” (MARTINS, 2017, p. 39).

2.3.1 Imposto

Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte BRASIL, 1966

Os impostos costumam ser classificados da seguinte forma: Pessoais são os que têm uma pessoa como ponto de referência (IR). Reais (do latim res, rei, coisa) são os que têm uma coisa como ponto de referência (IPTU). Direitos são os relativos apenas ao contribuinte, sem possibilidade de transferência do encargo a outrem (IR). Indiretos são os relativos a operações com possibilidade de transferência do encargo a outrem (ICMS) (FUHRER, 2016, p. 87).

Exemplos de alguns tipos de impostos contidos no Código tributário nacional:

Sobre o comércio exterior:

II - Imposto sobre a importação;

IE - Imposto sobre a exportação. (BRASIL, 1966).

Sobre o patrimônio e a renda:

ITR - Imposto sobre a propriedade territorial rural;

IPTU - Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana;

ITCMD - Imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos;

IR - Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. (BRASIL, 1966).

Impostos sobre a produção e a circulação:

IPI - Imposto sobre produtos industrializados;

ICMS - Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de

Telecomunicações e transportes interestaduais e intermunicipais;
IOF – Imposto sobre as operações financeiras;
ISSQN – Imposto sobre serviços de qualquer natureza. (BRASIL, 1966).

2.4 Taxa

As taxas são tributos que têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição. (BRASIL, 1966).

Exemplo Autenticar documentos.

Assim, embora todo cidadão seja livre para estabelecer-se como uma indústria, não pode, entretanto, instalá-la em um bairro estritamente residencial. O poder da administração pública de limitar esse direito de instalar indústria chama-se poder de polícia. Polícia, no caso, refere-se à possibilidade de fiscalizar e autorizar determinada atividade, limitando-a em razão do interesse público, relativo à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes etc (FRABRETTI, 2018, p. 111).

2.5 Contribuição de melhoria

Contribuição de melhoria é o tributo cobrado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, para fazer face ao custo de obras públicas. (BRASIL, 1966).

2.6 Princípio da Cumulatividade

Compreende um imposto ou tributo que incide em todas as etapas intermediárias dos processos produtivos ou de comercialização de determinado bem, inclusive sobre o próprio imposto/tributo anteriormente pago, da origem até o consumidor são cumulativos, isto é, o pagamento é efetuado toda vez que houver o fato gerador.

2.6.1 Princípio da não Cumulatividade

Consiste em compensar-se o valor do imposto devido em cada operação com o montante efetivamente pago nas operações anteriores. Alguns tributos são não cumulativos, tais como ICMS e IPI. A não cumulatividade visa evitar o efeito cascata da tributação, por meio da técnica de compensação de débitos e créditos, (MARTINS, 2017, p. 44).

2.7 Capacidade Tributária

De forma geral as pessoas que se inter-relacionam com a obrigação tributária, como empresas regularmente constituídas, cooperativas, associações e pessoas físicas, a partir dos fatos geradores tornam-se passíveis da obrigação tributária, Segundo Ives Gandra.

“o responsável tributário ligado de alguma forma, ainda que não pessoal e diretamente, ao fato gerador” (MARTINS, 2017, p. 291)

Ainda assim dispõe-se de alguma forma como eleito e responsável da obrigação tributaria.

2.8 Fato Gerador

É a situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação principal. (BRASIL, 1966). O fato gerador é uma expressão que representa um fato ou conjunto de fatos a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado, sendo aquele fato cuja ocorrência dá origem a um direito ou obrigação. No caso um direito para a administração tributária e uma obrigação para o contribuinte. Temos um fato gerador para a obrigação principal e outro para a acessória. No caso da obrigação principal o fato gerador é uma situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O conceito é dado pelo artigo 114 do Código Tributário Nacional.

Tomemos como exemplo o ICMS, cujo fato gerador é a operação relativa à circulação de mercadoria e à prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que a operação ou a prestação se inicie no exterior. Já o fato gerador do ISS é a prestação dos serviços constantes da lista do regulamento de cada município, e assim por diante (ABREU, 2018, p.11)

Definida em lei significa que a referida situação deve estar descrita em uma lei como ocorrência necessária ao surgimento da obrigação. O fato gerador da obrigação acessória é a situação descrita na legislação (lei em sentido amplo) que imponha uma obrigação de fazer ou não fazer.

2.9 Sujeito Ativo e Passivo

O sujeito ativo e passivo no direito tributário comporta significados distintos. O sujeito ativo pode ser representado como diz o artigo 119 do Código tributário Nacional, como a pessoa jurídica de direito público que tem o papel de exigir seu cumprimento. Já o sujeito passivo como diz o artigo 121 do CTN é o titular da obrigação de pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, ou seja, que tem o dever de cumprir.

Toda obrigação tributária se estabelece em forma de vínculo entre o Estado (credor - sujeito ativo - fisco) e o particular (devedor - sujeito passivo - contribuinte) em função de uma prestação de cunho patrimonial, prevista na legislação tributária, traduzida em pagar tributo ou penalidade ou em fazer alguma coisa no interesse do fisco ou, ainda, deixar de praticar determinado ato de acordo com a lei (art.133 do CTN) (ABREU, 2018, p.10)

Os sujeitos ativos e passivos são os dois termos pertencentes ao extenso e complexo esquema do Código Tributário Nacional.

2.10 Competência Tributaria

Com o objetivo de distribuir receitas e melhorar a administração fiscal, a Constituição Federal distribuiu as competências tributárias da seguinte forma: União: II, Imposto de Importação; IE, Imposto de Exportação; IR, Imposto de Renda; IOF, Imposto sobre operações financeiras; ITR, Imposto sobre a propriedade rural; IGF, Imposto sobre grande fortuna; IPI, Imposto sobre produtos industrializados.

Estados e o Distrito Federal: ITCMD, Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens e direitos; IPVA, Imposto sobre propriedade de veículos automotores; ICMS, Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, energia elétrica e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Municípios: IPTU, Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana; ITBI, Imposto sobre transmissão Inter vivos, por ato oneroso, de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, ressalvadas as exceções legais; ISS, Imposto sobre serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar.

3 ICMS CONCEITOS BASICOS

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação ou tão somente ICMS. Como já evidenciado neste escrito, é um tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal e esta regulamentado na Lei Complementar 87/1996 e alterada posteriormente pelas Leis Complementares 92/97, 99/99 e 102/2000, é um imposto não cumulativo, ou seja, compenso o valor devido na operação anterior.

A sigla é ICMS. Mais adequada, porém, seria a sigla ICM-dois SS, ou ICMDs, imposto de circulação de mercadorias e de dois serviços. Fora desses dois serviços, todos os demais vinculam-se ao ISS {Imposto Sobre serviço de Qualquer Natureza} (ou não isentos, se não estiverem na lista dos serviços tributáveis pelo ISS). O ICMS substituiu o anterior ICM (Imposto de Circulação Mercadorias), bem como o mais antigo IVC (Imposto de vendas e Consignações) (FUHRER, 2016, p. 99).

Outra característica de desse imposto é que ele pode ser seletivo, isto é, o governo pode aumentar o imposto ou diminuir para estimular ou reprimir o consumo.

3.1 Incidência

O ICMS incide sobre sete operações distintas, segundo Abreu (2018, p 63- 64):

Circulação de Mercadorias; Serviço de transporte; Serviço de Comunicação;
Fornecimento de mercadoria com prestação de serviço; Importação;

Serviços prestados no exterior;

Entrada Interestadual de eletricidade e combustíveis para consumidor final.

3.1.1 Circulação de Mercadorias

A circulação de mercadoria caracteriza-se quando uma mercadoria sai do estabelecimento comercial para o contribuinte sendo essa tributada pelo ICMS.

3.1.2 Serviço de transporte

O transporte interestadual e intermunicipal seja ela feita por modais quaisquer seja de bens, mercadorias, valores ou até mesmo pessoas existe a tributação do ICMS.

3.1.3 Serviço de Comunicação

A comunicação por qualquer meio sofre a tributação do ICMS.

3.1.4 Fornecimento de mercadoria com prestação de serviço

A prestação de serviço juntamente com o fornecimento de mercadoria que não sejam sujeitos ao Imposto sobre serviço de qualquer natureza o ISS de competência dos Municípios a cobrança do ICMS.

3.1.5 Importação

A entrada de mercadoria importada do exterior por pessoa física ou jurídica ainda que seja para consumo ou destinada para integrar o ativo fixo há taxaço do ICMS.

3.1.6 Serviços prestados no exterior

Os serviços de comunicação ou de transporte prestados no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior também sofrem a incidência do ICMS.

3.1.7 Entrada Interestadual de eletricidade e combustíveis para consumidor final

Incide o ICMS sobre a entrada interestadual relativa à energia elétrica e petróleo e seus derivados, com destino a consumidor ou usuário final.

3.2 Não-Incidência

A não incidência do ICMS na maior parte das vezes é momentânea por isso não deve ser considerada como um incentivo ou benefício fiscal, assim Salienta Adriana Abreu (2018, p. 72) “A não incidência ocorre sobre as operações que envolve Livros, Jornal, periódico, papel com esta destinação”, ou como investimento, prestações que se destinem ao exterior de mercadoria e serviço, saída interestadual de eletricidade e

combustíveis não destinada a consumidor final, saída de armazém da transportadora e outros.

3.3 Fato gerador do ICMS

Segundo Ives Gandra Martins (2017, p. 44) “o fato gerador do ICMS tem várias divisões, sendo o principal para a incidência do ICMS é a circulação de mercadoria, mesmo que inicie-se no exterior.” Além disso, o ICMS incide sobre serviços de telecomunicação e transporte intermunicipais e interestaduais. O simples fato de a mercadoria sair do estabelecimento de contribuinte já caracteriza o fato gerador. Não importa se a venda se efetivou ou não, mas sim se ocorreu a circulação da mercadoria; trata-se de uma situação de fato, não simplesmente de uma situação jurídica. A prestação de serviço de transporte, no âmbito intermunicipal e interestadual também caracteriza o fato gerador, bem como a prestação do serviço de telecomunicação.

O ICMS incide de forma normal em transferência de mercadorias entre filiais, sendo assim a empresa remetente da nota fiscal gera um débito, o destinatário da mesma empresa se credita do ICMS destacado, ocorrendo assim uma operação normal de circulação de mercadorias. Constituição, A CF/88 dispõe sobre a estrutura do ICMS, nela incluída a competência para instituí-lo (art. 15, caput), e a regra-matriz de incidência (art. 155, II, e § 2º, IX). Lei Complementar, à lei complementar cabe dar a definição dos fatos geradores do ICMS (BRASIL, 1988).

Fato gerador na circulação de mercadorias: no que se refere a mercadorias, fato gerador do ICMS é a circulação das mesmas, a partir do estabelecimento comercial ou fabril. Nos termos da lei, considera-se ocorrido o fator gerador no momento “ da saída de estabelecimento de contribuinte, ainda que para estabelecimento do mesmo titular” [...] (FUHRER, 2016, p. 99).

As principais incidências do imposto são as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores, prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios, fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

Sobre a entrada de mercadoria ou bem importado do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte do imposto, qualquer que seja sua finalidade, sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciada no exterior.

Sobre a entrada no território do estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente. A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitui.

3.4 Base de cálculo do ICMS

A base de cálculo, como nos ensina a introdução do direito tributário, “é o critério escolhido pelo legislador como apto a dimensionar o fato gerador, para o fim de quantificar o tributo” (FERNANDES, 2019, p. 829).

A base de cálculo do ICMS é o valor sobre o qual a legislação determina que deva ser aplicada a alíquota específica para a operação ou prestação que estiver sendo realizada. O regulamento do (RICMS) foi aprovado pelo decreto nº 27.247/2000, arts. 4º ao 13º do livro I e trata sobre o tema (FERNANDES, 2019, p. 71)

A base de cálculo que usualmente compõe o ICMS é o montante da operação, somando por vezes o frete e despesas acessórias cobradas do consumidor. Haverá casos que o IPI será somado ao montante da operação para compor a base de cálculo.

3.4.1 Alíquota do ICMS

De acordo com Fernandes (2019) a alíquota do ICMS de São Paulo bem como para outros estados é o percentual aplicado sobre a base de cálculo para o fim de obter o valor do tributo incidente na operação.

È o percentual do imposto que vai incidir sobre a base de cálculo. As alíquotas do ICMS são utilizadas para cálculo do imposto, aplicadas sobre a base de cálculo (FERNANDES, 2019, p. 77).

As mercadorias no estado de São Paulo recebem um percentual de alíquota de acordo com sua essencialidade. Para melhor exemplificar produtos tidos como básicos, como o arroz e o feijão, o ICMS cobrado é menor do que no caso de produtos supérfluos, como cigarros e perfumes e outros, fazendo nos

3.5 Diferencial de Alíquota do ICMS

O diferencial de alíquota é a diferença entre a alíquota maior da menor, Andrea Abreu (2018, p. 76) define esse termo como,

Esta situação acontece na entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadoria proveniente de outra unidade da federação. Destinada ao consumo ou ativo fixo, a

base de cálculo do ICMS é o valor da operação que decorre da entrada da mercadoria, e o imposto a pagar é resultante da aplicação, sobre a base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e interestadual.

3.6 Responsável pelo Recolhimento do ICMS

O responsável pelo recolhimento do ICMS é quem efetua o fato gerador previsto em lei; o transportador, solidariamente, em relação à mercadoria aceita para transporte sem documentação fiscal; a pessoa que, tendo recebido mercadoria ou serviço beneficiado com isenção ou não incidência sob determinados requisitos, não lhes der a correta destinação, exemplo não fazer o retorno de demonstração no prazo previsto em lei.

3.7 Crédito

O ICMS se trata de um imposto com características peculiares sendo umas dessas o crédito, Andréia Abreu (2018, p. 79) define e explica que,

O ICMS é não cumulativo, ou seja, do imposto devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou à prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação será deduzido o montante cobrado nas operações ou prestações anteriores (Entrada de mercadorias ou utilização de serviços) por esta ou por outra unidade de federação.

As organizações que realizar a compra de mercadorias que será empregada em sua atividade fim, a mesma terá direito a se creditar-se desse imposto, ou seja utilizar esse valor para abater o valor a ser pago de ICMS pela empresa. Para tanto essa operação deverá, seguir “a condição de a operação ou prestação subsequente seja tributada pelo ICMS” outra condição é que “A operação ou prestação antecedente tenha sido tributada pelo ICMS” (ABREU, 2018, p. 80).

3.8 Apuração do ICMS

Segundo Peres (2019, p. 121) “A apuração do ICMS é feita mensalmente no livro Registro de Apuração que deve ser idêntica às informações da GIA, seguindo as instruções da Portaria CAT nº 8/1990 (arts. 85 a 102 do RICMS)”. A utilização do Crédito do ICMS extingue-se depois de decorridos cinco anos contados a partir da data de emissão do documento.

4 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

De acordo com Fabrett (2018, p. 55) o planejamento tributário é um esforço no sentido de gerir os tributos de forma a alcançar a solução mais eficaz para a saúde da empresa, pesquisando os efeitos jurídicos e econômicos para alcançar e descobrir

as opções menos dispendiosas com o chamado Planejamento Tributário. (CASSONE, 2016, p. 54).

Sendo o estudo feito antecipadamente, ou seja, antes da realização do fato administrativo fazer parte de uma das modalidades de gerenciamento dos aspectos tributários sendo as mais comuns o planejamento para anulação, redução e adiantamento do ônus fiscal de uma determinada empresa. Tendo a finalidade da adequação ao planejamento, visando o controle das operações que tenham relação direta ou indireta com tributos.

O planejamento tributário exige, antes de tudo, bom-senso do planejador. Há alternativas legais válidas para grandes empresas, mas que são inviáveis para as médias e pequenas, dado o custo que as operações necessárias para execução desse planejamento podem exigir (FABRETTI, 2018, p. 32).

Fabrett (2018) ainda acrescenta “o planejamento tributário tem como estratégia uma atitude preventiva, podendo atuar antes da geração do fato que cria o tributo produzindo a elisão fiscal que visa diminuir a carga tributária dentro da legalidade.” Ele alerta para o perigo da má administração estratégica tributária recair ou qualificar em evasão fiscal, que é a redução da carga tributária descumprindo determinações legais, que caracteriza assim como crime da sonegação fiscal.

Segundo Borges (2018, p. 23) o planejamento tributário percorre cinco etapas sendo a primeira a pesquisa do fato objeto do planejamento tributário. A segunda, articulação das questões fiscais oriundas do fato pesquisado. O terceiro, estudo dos aspectos jurídico-fiscais relacionados com as questões decorrentes do fato pesquisado. A quarta, conclusão e por ultimo a formalização do planejamento elaborado num expediente técnico-funcional. Em suma o processo para elaboração de um planejamento tributário sempre levará em conta o ramo de atuação do negócio para posteriormente desenvolver o planejamento estratégico para atender às questões tributárias.

Consideremos que são muitos pontos a serem analisados. Sendo as mais simples e não menos importantes o saber de qual regime de tributação é mais viável para o negócio. Qual planejamento tributário adotar? O planejamento para anulação, redução ou adiamento do ônus fiscal?

Todos esses pontos, unidos a outros não menos importantes, colaboram a necessidade de uma administração tributária mais atenta.

5 CONTRIBUINTE ICMS-SP NORMAL

De acordo com o artigo 4º da Lei Complementar 87/96 empresas contribuinte do ICMS pode ser qualificada por qualquer pessoa, natural ou jurídica. Que de modo habitual ou em volume, caracterize Intuito Comercial de realizar operações relativas à

circulação de mercadoria ou preste serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (CASSONE, 2016, p. 54). Quando é efetuado venda ou prestação de serviço de forma esporádica, não há tributação do ICMS.

É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade:

- I. Importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento;
- II. Seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior.
- III. Adquirir em licitação de mercadorias apreendidas ou abandonadas;
- IV. Adquirir lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. (ABREU, 2018, p. 81).

5.1 Efeitos da Inobservância da questão tributária contribuinte do ICMS-SP normal.

O descaso perante questões tributárias colaboram para a depreciação financeira da empresa afetando diretamente o equilíbrio viável da mesma, culminando em muitos casos, na falência do negócio, efeito perturbador da Inobservância. Para tanto o efeito, na íntegra, da inobservância da questão tributária da tocante o imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços do estado de São Paulo é a que resulta em crimes contra a ordem tributária, sonegação, fraudes e inadimplência fiscal. (ABREU, 2018, p. 81).

A falta de atenção às questões tributárias resulta em variadas formas de penalidades. Por exemplo, em detrimento ao ICMS as multas estão previstas no RICMS (esta sigla significa Unidade Fiscal do Estado de São Paulo é uma referência para as taxas cobradas pelos órgãos estaduais e tem seu valor reajustado anualmente. O valor da ufesp para 2018 é de R\$25,70). O contribuinte que tiver a iniciativa de procurar o Fisco para sanar as irregularidades relacionadas com o cumprimento das obrigações pertinentes ao ICMS, ficará desobrigado das penalidades previstas pelo art. 527 do RICMS/SP, desde que a regularização ocorra dentro do prazo cominado (art. 529, caput do RICMS/SP). (ABREU, 2018, p. 83).

Portanto o planejamento prévio, tocante o processo de gerenciamento das questões tributárias, quando bem alinhados, evita, que penalidades e os efeitos descritos acima venham acometer seus negócios.

5.2 Crimes Contra a Ordem Tributária

Salienta Fuhrer (2016, p. 122) que antes da nomenclatura Crimes contra a ordem tributária existia a Lei dos Crimes de Sonegação Fiscal. O qual dava vazão para um entendimento de que os delitos de sonegação fiscal eram de mera conduta ou puramente formais, sendo o crime formal distinguido quando a intenção do agente é presumida de seu próprio ato, que se considera consumada independentemente do resultado dando o fim especial de escapar do pagamento de tributos.

Com a revogação dessa lei, foram instituídos os Crimes Contra a Ordem Tributária que equacionou de certa maneira os crimes materiais e formais, para melhor entendimento o crime material é quando o tipo legal menciona a conduta do agente e o evento danoso, exigindo que este realmente aconteça para considerar-se o crime como consumado. Fuhrer (2016, p. 122) alerta que a legislação anterior ainda considera os crimes contra a ordem tributária como sendo de mera conduta ou formal, não importando a confirmação do efetivo prejuízo ou material.

5.3 Sonegação

Segundo Aurélio (2002, p. 645) sonegar “ocultar, deixando de mencionar nos casos em que a lei exige a descrição ou a menção. Ocultar com fraude. Sonegar eximir-se ao cumprimento de uma tarefa ” como visto no tópico acima crimes contra a ordem tributária é crime o ato de sonegação consiste em utilizar procedimentos que violem diretamente a lei fiscal ou o regulamento fiscal. É flagrante e caracteriza-se pela ação do contribuinte fiscal está previsto na Lei 4.729/65, art. 1º. (CREPALDI, 2016, p. 43).

5.4 Fraude

A fraude constitui-se como uma ação ou omissão dolosa, cuja finalidade é o impedimento ou retardamento da ocorrência do fato gerador.

5.5 Inadimplência Fiscal

Inadimplência fiscal destaca-se como a intenção deliberada de fraudar a apuração do imposto devido.

5.6 Principais pontos da inobservância do ICMS

Como descrito acima à inobservância das regras do ICMS culmina em Infração e posterior penalidade. Contudo a gama de problemas decorrentes do trato incorreto também acarretam problemas distintos como, por exemplo, o impacto dos tributos no Lucro.

Outro ponto que comumente as empresas fabricantes de mercadorias contribuinte do ICMS Normal do Estado de São Paulo não observam é a questão do aproveitamento de créditos de material de embalagem veja o que descreve Andrea Abreu (2018, p. 81)

As embalagens utilizadas no acondicionamento de produtos tributados na saída dão ao estabelecimento que os adquirir direito ao crédito do ICMS destacado no documento fiscal.

Evidenciamos também que muitas empresas desconhecem que a energia elétrica da direito a credito quando esta faz parte do processo de fabricação,

Dará direito ao crédito do ICMS apenas a entrada de energia elétrica no estabelecimento quando for consumida no processo de industrialização; quando for objeto de saída de energia elétrica; quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais. (ABREU, 2018, p. 89).

Os pontos comentados somados a outros colaboram para a diminuição da eficácia financeira de muitas empresas. Este trabalho visa mostrar o quão importante é a parte do planejamento tributário, hoje há uma inconsistência referente o como cobrar e pagar os tributos, especialistas nesse ramo não conseguem esgotar esse tema bem como não é o objetivo desse escrito fazer o mesmo. Por isso é de grande importância identificar e trabalhar com as ferramentas existentes para o seu ramo de negócios e assim criar um sistema de gerenciamento tributário louvável.

6 CONCLUSÃO

As questões abordadas nesse escrito evidencia que o Sistema tributário brasileiro atribui para uma realidade nacional, complexa. Pois tem uma carga tributária pesada. Sendo, esse, um dos componentes agravantes do chamado “custo Brasil” elevado. Caracterizando-se como um dos motes mais negativos de nosso país, pois afeta tanto o consumidor quanto as empresas. Andréia Abreu (2018, p. 61) diz que: “Apesar de alguns regimes tributários facilitarem um pouco a vida do empresariado, a carga tributária sobre uma pequena ou média empresa ainda é muito alta.” Da mesma forma, o contribuinte com baixo poder aquisitivo também tem uma carga tributária elevada sobre ele, pois os produtos são taxados igualmente para todas as camadas sociais.

O excesso de tributação inviabiliza muitas operações e cabe ao administrador tornar possível, em termos de custos, a continuidade de determinados produtos e serviços, num preço compatível com o que o mercado consumidor deseja pagar.

Não obstante, há ainda a edição de grande quantidade de normas que regem o sistema tributário, oriundas dos três entes tributantes (União, Estados e municípios).

Desta forma, o grande volume de informações e sua contínua complexidade acabam dificultando a aplicação de rotinas e o planejamento. As pessoas responsáveis pelo setor de tributos das empresas dispõem de pouco tempo para dedicar ao estudo das legislações pertinentes, resignando-se ao recolhimento dos tributos, às vezes de forma imprecisa ou incorreta.

O Estado precisa de recursos, mas conforme diz Andréia Abreu “Tributar os bens de consumo é o mesmo que encarecer esse produto. Já tributar a produção representa não deixar o país crescer” (2018, p. 61) que impasse glorioso.

Concluo dizendo que a carga sobre o povo é desmedida os tributos são indesejáveis, permanecendo o sonho do tributo ideal cunhado na justa medida e objetivando, apenas, as necessidades do Estado e o bem do povo.

REFERÊNCIAS

ABREU, A. – **Gestão Fiscal nas Empresas: principais conceitos tributários e sua aplicação** – São Paulo, Editora: Atlas, 2018.

BORGES, H. B -**Gerencia de Impostos**- 5. ed. São Paulo, Editora: Atlas, 2018.

BRASIL- **Constituição (1988) 2.Direito Tributário-Legislação-Brasil**- I. PINTO, A. L. T. II. WINDT, M. Cristina V. S. III. VÉSPEDES, L. IV. Título. V. Série. - 12. Ed.- São Paulo, Editora: Saraiva, 2006. - (Legislação Brasileira).

CREPALDI, S. A. - **Curso Básico de Contabilidade** – 14. ed. - São Paulo, Editora: Atlas, 2016.

CASSONE, V. – **ICMS Materialidade e Características Constitucionais**. In: MARTINS, I. G. S. (org.) – **Curso de Direito Tributário** - São Paulo, Editora: Saraiva, 13. Ed. 2016.

FERNANDES, E. C.- **Responsabilidade Tributária**. In: MARTINS, I. G. S. (org.) - **Curso de Direito Tributário** - São Paulo, Editora: Saraiva, 23. ed. 2019.

FABRETT, L. C. – **Contabilidade Tributária** – Editora Atlas, São Paulo- 19. ed.- 2018.

MARTINS, I. G. S. – **Curso de Direito Tributário** - São Paulo, Editora: Saraiva, 13. Ed. 2017.

PERES, A. M. / MARIANO, P. A. – **Emissão e Escrituração de Documentos Fiscais** – São Paulo, 4 ed. – Editora: IOB, 2019.

RIBEIRO, O. M. – **Técnicas Comerciais: Fácil** – São Paulo, 28 ed. – Editora: Saraiva, 1997.

CAPÍTULO 4

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS SOB À ÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS EFEITOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

EXECUTION OF MAINTENANCE FROM THE PERSPECTIVE OF THE CIVIL PROCESS CODE AND ITS EFFECTS IN PANDEMIC TIMES

Ana Luisa de Figueiredo Guimarães¹
Bruna Cardoso de Faria²
Ester Moraes D'Avila³

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.4

¹ Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: analuisafigueiredo@outlook.com.
² Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: c.bruninha53@gmail.com.
³ Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: estermoraess07@gmail.com.

RESUMO

Os alimentos buscam realizar as necessidades do alimentando em consonância com a possibilidade de cumprimento dessa obrigação por parte do alimentante. Em decorrência da pandemia do COVID-19, percebe-se que a capacidade do cumprimento da obrigação, qual seja, o pagamento dos devedores dessa ação foi afetada. Ademais, devido às normas de distanciamento social a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos se transforma em uma problemática para a expansão do vírus anteriormente mencionado, e, assim, restam prejudicadas as formas de cumprimento da obrigação, tanto pelo pagamento em si, quanto pelas vias da prisão do devedor. Portanto, o presente artigo visa compreender a atual conjuntura da execução de alimentos, pelo cumprimento de sentença e pelo processo de execução, à luz do Código de Processo Civil de 2015, utilizando-se, também, de jurisprudência sobre a temática tratada no presente estudo. Embora haja ampla disposição legal acerca desta, é função do Direito se ater às novas mudanças sociais e se adaptar em períodos de crise, advindos, nesse caso, do COVID-19, para garantir a eficácia das normas legais às partes processuais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, em conjunto às particularidades advindas da pandemia supramencionada.

Palavras-chave: Execução de Alimentos. Cumprimento de sentença. Direito Processual Civil. Pandemia. Ação revisional.

ABSTRACT

Execution of maintenance seeks to realize the needs of the feeding in line with the possibility of fulfillment of this obligation on the part of the feed. As a result of the COVID19 pandemic, it is perceived that the ability to comply with the obligation, that is, the payment of debtors of this action was affected. Moreover, due to the rules of social distancing, the possibility of the civil imprisonment of the maintenance debtor, becomes a problem for the expansion of the aforementioned virus, and thus the forms of compliance with the obligation remain, payment itself and the way in which the debtor's arrest is. Therefore, this article aims to understand the current conjuncture of the execution of maintenance, by its process by means of judicial title compliance with judgment and enforcement procedure, in the light of the 2015 Code of Civil Procedure, also using jurisprudence on the theme dealt with in the present study. Although there is a broad legal disposition on the subject, it is the function of law to be in the light of new social changes and adapt in times of crisis, in which case from COVID-19, to ensure the effectiveness of legal rules to the procedural parties present in the Brazilian legal system, together with the particularities of the aforementioned pandemic.

Keywords: Alimony execution. Compliance with sentence. Civil procedural law. Pandemic. Revisional Action.

1 INTRODUÇÃO

A prestação alimentícia caracteriza-se como aquela advinda de uma obrigação de pagar do alimentante ao alimentado, ou seja, este deve receber um valor que contribua para sua manutenção de vida, de forma a garantir a Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º). Pela ótica do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), é possível ocorrer, pelas vias da execução, tanto tratando-se de um cumprimento de sentença, isto é, quando há um título executivo judicial, bem como nos casos de um processo de execução, hipóteses nas quais se tem um título executivo extrajudicial. Porém, dada as mudanças dessa matéria neste, é necessário fazer uma análise comparada ao Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

O código anterior não possuía dispositivos que regulamentavam a execução de alimentos em relação aos títulos executivos extrajudiciais, prevista nos artigos 732 a 735, descrevia-se apenas as dívidas alimentícias originárias de títulos executivos judiciais. Dessa forma, o credor de alimentos poderia seguir pela via da execução comum, de obrigação de pagar quantia certa ou objetivar uma execução especial, qual seja, a que visa a prisão do devedor inadimplente. Vale mencionar que, diferente do que vigora atualmente, essa ação era autônoma, e não uma continuação de um processo preexistente.

O CPC/15 surge com a finalidade de regulamentar essa omissão deixada pelo código anterior, porém, a execução de alimentos enunciada nos artigos 911 a 913 acaba trazendo institutos semelhantes aos contidos nos artigos 732 a 734 do antigo CPC. Assim, DONIZETTI (2018, p. 865) defende esse entendimento afirmando que “de modo geral, as disposições previstas no CPC/2015 sobre o cumprimento de sentença e a execução de título extrajudicial são bastante semelhantes”.

Por fim, é necessário analisar as mudanças ocorridas nesse sistema em virtude da situação pandêmica ocasionada pelo COVID-19, pois o devedor de alimentos teve sua condição econômica afetada, o que, evidentemente, impacta o recebimento de alimentos pelo alimentante. Em decorrência disso, na falta de recursos financeiros, uma das possibilidades é a prisão civil, todavia, esta é contrária às normas de distanciamento e de contenção da disseminação do vírus, assim, tem-se que as ações revisionais vêm sendo mais utilizadas, desde que cabíveis aos casos concretos.

2 PREVISÃO LEGAL DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUANTO ÀS VERBAS ALIMENTÍCIAS

O crédito de alimentos corresponde a uma prestação devida pelo alimentante ao alimentado, sendo indispensável para a subsistência do credor. O valor das prestações alimentícias deverá ser fixado pelo juiz, que deve observar a necessidade do alimentando e as condições do alimentante, levando em consideração o critério da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, dada a relevância do crédito por alimentos, bem como as particularidades das prestações alimentícias, o legislador preocupou-se em adotar medidas tendentes a tornar mais efetiva a obrigação de prestar alimentos ao credor.

No CPC/73 era permitido o acesso a duas vias executivas distintas, quais eram: a de execução comum de obrigação de pagar quantia certa prevista no art. 732 e a de execução especial, sem penhora, mas com sujeição do executado inadimplente à prisão civil, enunciado no art. 733. O procedimento de ambos artigos se davam pela citação do devedor para pagar o débito em três dias, portanto, como enunciado nos artigos supramencionados, o credor de alimentos se via sujeito a ajuizar uma ação autônoma para assegurar a satisfação do seu direito, isto é, a prestação assegurada pela decisão judicial. O procedimento executivo era dos títulos extrajudiciais e não o do cumprimento de sentença que fora introduzido pela Lei nº 11.232/2005 nos arts. 475-J a 475-Q do CPC/1973. Vale ressaltar que, na vigência deste independente de se tratar de título judicial ou extrajudicial, era uma ação autônoma, o que era mais moroso para as partes do processo.

O CPC/15 trouxe para o âmbito do cumprimento de sentença a execução das decisões que fixam alimentos, conforme disciplinado nos art. 528 à 533 deste código. Passou-se a dispensar a instauração de ação executiva autônoma, procedendo com a intimação do executado nos próprios autos em que foi proferida a decisão judicial, quando esta for definitiva. No entanto, ao se tratar de decisão provisória, a ação executiva deverá ser manejada em autos apartados. Conforme o artigo supramencionado (BRASIL, 2015):

Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

§ 1º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.

§ 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.

O credor pode optar por executar a obrigação observando as regras do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa,

não sendo permitido a prisão do executado. Entretanto, dado o caráter alimentar da prestação, recaindo penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à eventual defesa do devedor não gera impedimento ao levantamento mensal da importância da prestação do exequente, conforme estabelece o art.528,§8º do CPC/15. Nesse sentido, atesta NERY JR; NERY (2019, p. 1357) que “dado o caráter alimentar da obrigação, por certo a concessão de efeito suspensivo à impugnação não poderá impedir o levantamento da prestação mensal, não sendo, em regra, exigível caução, neste caso”.

No entanto, ao optar pelo procedimento específico de cumprimento da decisão que fixa alimento, a norma processual dispõe que o devedor da obrigação constante de decisão judicial definitiva ou provisória, seja intimado para cumprir tal obrigação em três dias. A intimação do devedor de alimentos deve ser realizada pessoalmente e não por meio de seu advogado, se distinguindo da regra geral de execução por quantia certa. Isto se dá porque, só o próprio devedor de alimentos tem condições de esclarecer a impossibilidade de realizar o pagamento, bem como a possibilidade da prisão civil caso não resgate o débito ou que não apresente razões legítimas para tal falta, dentro do prazo legal. Entretanto, o juiz não poderá dar início a execução de alimentos de ofício, é necessário que haja o requerimento do credor.

Caso o devedor não efetue o pagamento no prazo estabelecido, este deve provar que já cumpriu a obrigação ou justificar a impossibilidade de fazer o cumprimento, caso contrário o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, observadas as regras próprias do art. 528, §1º do CPC/15, naquilo que lhe couber. Logo, é possível o protesto de documento que reconheça o valor devido, feito em cartório a fim de constituir o devedor em mora quanto à dívida líquida e exigível que emana do título judicial. Desta feita, para Theodoro Jr. (2019):

Embora o expediente já fosse possível sob a égide da legislação anterior, por iniciativa do credor, não havia previsão expressa a esse respeito no Código de 1973. Não há, propriamente, pois, uma novidade trazida pelo legislador, mas apenas se tornou obrigatório o expediente do protesto, como forma de impor maior celeridade e efetividade à execução do crédito alimentício (THEODORO JR., 2019, p. 130).

Em relação à competência para o cumprimento da decisão que condena a prestar alimentos, aplica-se a este procedimento as regras de competência do art. 516 do CPC/2015. (BRASIL, 2015):

Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

O artigo 529 do atual código determina as hipóteses em que ocorrerá a averbação em folha de pagamento. Nesse sentido, tratando-se de devedor que se enquadre no rol do artigo supramencionado, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento no valor da prestação alimentícia. Ademais, o juiz deverá expedir um ofício à autoridade, à empresa ou ao empregador conforme for o caso, determinando o desconto que ocorrerá sobre a primeira remuneração posterior ao protocolo do ofício, isto é, a partir do momento em que o empregador estiver comprovadamente cientificado. Segundo Theodoro Jr. (2019):

Uma vez averbada a prestação em folha, considera-se seguro o juízo, como se penhora houvesse, podendo o devedor pleitear efeito suspensivo à sua defesa, se for o caso. Ao contrário, se frustrado o desconto, seguir-se-á com a penhora de bens do executado (art.831), conforme determina o art. 530 do atual Código (THEODORO JR.,2019, p.132).

Ademais, o retardamento ou o não pagamento da pensão alimentícia pode ter repercussão penal como estabelece o código em seu artigo 532 do CPC/15 (BRASIL, 2015):

Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.

Outrossim, no que tange ao artigo 533 do CPC/15 do código atestam Nery Jr; Nery (2019):

O CPC preservou a mesma sistemática do CPC/1973, fiel não somente ao fato de que o artigo se refere à execução de título judicial/cumprimento de sentença, mas também de que a determinação da constituição de capital deve ser feita pelo juiz prolator da sentença” (NERY JR; NERY, 2019, p. 533).

A finalidade de constrição de capital estabelecida no referido artigo é a de garantir o adimplemento da obrigação alimentar devida pela prática de ato ilícito, mediante um patrimônio de afetação dos bens por requerimento da parte interessada, não podendo os bens ou valores que serviram à constituição de capital ser penhorados ou alienados. Dessa forma, se destinam especificamente à garantia da prestação do alimento, mas tal condição dura apenas enquanto o devedor estiver cumprindo a obrigação.

Ao optar pela constituição de capital, o seu montante será definido por meio de um procedimento incidental da liquidação de sentença, caso esta contenha dispositivo ilíquido. A lei estabelece que o valor da garantia deve ser estabelecido de imediato

pelo juiz, e, o arbitramento é para efeito de implantação imediata do pensionamento, o que não impede que posteriormente seja discutida uma revisão, em contraditório, que melhor se ajuste à situação econômica das partes.

O juiz poderá a seu critério substituir a constituição do capital pelas as hipóteses estipuladas no §2º do art. 533 do CPC/15. Há uma ressalva no código de que a inclusão em folha de pagamento deve ser realizada apenas em relação a pessoa jurídica de notória capacidade econômica, podendo ser determinado pelo juiz independente do requerimento das partes. Já a substituição por fiança bancária ou garantia real somente poderá ocorrer por requerimento do executado. Em vista disso, discorre Theodoro Jr (2019):

É claro que posteriormente poderá haver revisão para melhor ajuste das garantias à realidade do pensionamento, a exemplo do que se permitia para revisão do próprio valor da pensão (art. 533,§3º). Mas para que se defira a substituição do capital por fiança bancária ou garantia real é necessário que a parte se submeta ao arbitramento imediato do juiz. Não há mais permissão para fiança comum. Nos termos da lei, apenas a fiança bancária pode ser utilizada para a garantia do pensionamento judicial THEODORO JR. (2019, p. 139).

Por fim, com o final da obrigação de prestar alimentos, cessa também o motivo pelo qual se justifica o desconto, o capital e as garantias. Caso não seja cumprida a obrigação, o cumprimento da sentença de alimentos tomará forma do processo de execução por quantia certa, sendo autorizada a expropriação de bens a fim de que seja satisfeito o crédito.

3 PROCESSO DE EXECUÇÃO E SEUS REFLEXOS EM RELAÇÃO AO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A execução de alimentos baseada em título extrajudicial - líquido, certo e exequível- foi adicionada pelo CPC de 2015 no art. 911 (BRASIL, 2015), o qual atesta que:

Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Por se tratar de título executivo extrajudicial, tal qual aqueles previstos no rol do art. 784 do CPC/15, esse mesmo código vigente instituiu um procedimento especial para a execução de alimentos. Segundo Theodoro Jr. (2019):

Dada a relevância do crédito por alimentos e as particularidades das prestações a ele relativas, o Código permite medidas tendentes a tornar mais efetiva a execução e a atender a certos requisitos da obrigação alimentícia, que vão além das cabíveis na execução comum de quantia certa.

A primeira delas refere-se à hipótese de recair a penhora em dinheiro, caso em que o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação (art. 913), o que será feito independentemente de caução. Outras são: (i) a possibilidade de prisão civil do devedor; (ii) o protesto de ofício da

sentença; (iii) a decisão interlocutória que condene o devedor a prestar alimentos; e (iv) o desconto da pensão em folha de pagamento; o que, evidentemente, importa certas alterações no procedimento comum da execução por quantia certa (THEODORO JR. 2019, p. 595).

Em relação à títulos extrajudiciais, cabe ressaltar certos julgados acerca da positura da execução de alimentos. O primeiro deles é uma apelação decorrente de acordo em divórcio extrajudicial e a segunda um documento particular estabelecendo obrigação alimentar em favor de filho menor:

EMENTA: AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ALIMENTOS ESTABELECIDOS POR ACORDO EM DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL. PERÍODO DETERMINADO. PAGAMENTO EM PECÚNIA E PLANO DE SAÚDE. INADIMPLÊNCIA. PRESCRIÇÃO.

1- A obrigação alimentar tem como finalidade atender as necessidades de quem não pode prover sua própria subsistência, assegurando o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade.

2- No caso em apreço, pela leitura do título executivo [...], percebe-se que, no tópico “DA PENSÃO ALIMENTÍCIA”, restou estipulado entre as partes que o apelado pagaria à apelante, a título de alimentos, o valor de 15% de seu salário líquido, bem como arcaria com o plano de saúde dela.

3- Todavia, observa-se que a parte exequente/ apelante ingressou com a presente ação com quase três anos após vencido o prazo que o apelado tinha para prestar a obrigação alimentar, sendo imperioso reconhecer a prescrição ocorrida, conforme determina o art. 206, § 2º do CC. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível 04658749820178090051. Relator: NEY TELES DE PAULA. 01 ago. 2019)

No julgado foi desprovida a apelação tendo em vista o fato de que o exequente ajuizou ação quase três anos após vencido o prazo que o apelado tinha para o pagamento dos débitos alimentares. O Código Civil de 2002 regula, no art. 206, § 2º que a pretensão para haver prestações alimentares, prescrever-se-á em 2 anos, a partir da data do seu vencimento.

Nos casos de averbação da folha de pagamento, como afere o art. 912, §1º, do CPC/15 “[...] o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício”. Dessa forma, entende Theodoro Jr. (2019):

Uma vez averbada a prestação em folha, considera-se seguro o juízo, como se penhora houvesse, podendo o devedor pleitear efeito suspensivo aos seus eventuais embargos à execução, se for caso (art. 919, §1º).² Será excepcionalíssima esta hipótese, mas não poderá ser descartada, pois sempre haverá possibilidade de decisões absurdas e insustentáveis, mesmo tratando-se de concessão de alimentos (THEODORO JR. 2019, p. 596).

Por fim, pela norma do artigo 913 do CPC/15, se a execução não for requerida pelo procedimento de execução especial, deverá continuar pela obrigação de pagar

quantia certa, porém haverá o levantamento mensal da prestação que não estará submetida ao efeito suspensivo.

4 A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS INADIMPLENTE

Em relação à prisão do devedor inadimplente, tanto na execução de título judicial, quanto extrajudicial, o Superior Tribunal Justiça (STJ) editou a Súmula 309 (BRASIL, 2008), que teve seu entendimento acolhido pelo CPC/2015 no § 7º do artigo 528 (BRASIL, 2015):

Súmula 309/STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Art 528, § 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

A súmula 309 do STJ autoriza que seja imputada a medida coercitiva ao devedor de débitos alimentícios, ou seja, não terá o objetivo de satisfazer o direito do credor. Assim, a prisão civil do alimentante poderá ocorrer quando houver débitos anteriores à três meses da propositura da ação, bem como as parcelas vencidas no curso do processo.

A prisão civil deve ser sempre requerida pelo exequente, pois, este está em melhores condições de avaliação se a prisão constituirá como uma medida coercitiva eficaz. Portanto, o juiz não pode decretar essa medida de ofício, nem mesmo o Ministério Público possui a legitimidade para poder requerê-la. Cabe destacar que se o juiz aceitar as justificativas do executado quanto a impossibilidade de pagar os alimentos vencidos e vincendos, não será decretada a prisão.

Se o executado vier a pagar o valor da dívida alimentícia, deve ter o cumprimento da ordem de prisão suspenso, como afirma o artigo 528, §6º do CPC/15. É importante ressaltar que o devedor não pode vir a ser preso novamente pelo mesmo débito alimentício, isto é, advindo do inadimplemento da mesma obrigação.

Caso contrário, com o fim do prazo previsto no artigo 528, § 3º deste código, a execução deverá prosseguir pelo procedimento previsto no art. 824 e seguintes. Assim, se a constrição pessoal não for eficaz para a satisfação da obrigação, o exequente deverá pleitear a conversão do procedimento para o menos gravoso (princípio da menor onerosidade) – execução por quantia certa – em que os atos executórios incidirão sobre o patrimônio do executado. Por se tratar de uma decisão que fere o direito de ir e vir, admite-se também a impetração de habeas corpus, porém, nessa via serão discutidos somente os aspectos formais da prisão, e não os aspectos ligados à dívida alimentar.

Na ótica do CPC/15, baseado nas jurisprudências recentes, cabe analisar o seguinte agravo de instrumento:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. PERMANÊNCIA DE DÉBITOS ALIMENTARES EM ABERTO. NOVA DECRETAÇÃO DA MEDIDA RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER COERCITIVO.

1.A prisão civil por dívidas alimentares é medida prevista legalmente, contudo, não se presta a punir o devedor de alimentos. Funciona, em verdade, como técnica coercitiva de natureza excepcional e que deve ser utilizada quando se revelar o meio mais apropriado para vencer a renitência do alimentante em adimplir regularmente a obrigação alimentar

2.No caso dos autos, diante das peculiaridades da causa, verifica-se que a decretação de nova prisão civil do executado não se mostra o meio mais adequado para fins de recebimento do débito em aberto, sobretudo diante da ineficácia de sua adoção em momento anterior.

3.AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.(BRASIL. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 03686759820188090000. Relatora Elizabeth Maria da Silva. Goiás, 28 de janeiro de 2019.)

Esse julgado é um requerimento de nova prisão civil, verifica-se que o agravante já teria sido preso em função dos débitos alimentícios, assim, não é possível utilizar-se desse meio, já que sendo uma medida, unicamente, coercitiva, e já utilizada, não mostraria a eficácia necessária para satisfazer o princípio do resultado, qual seja, satisfazer o direito exequente.

Ainda acerca da prisão civil, cabe analisar no próximo julgado, um habeas corpus, em que a súmula 309 do STJ é aplicada pelos órgãos julgadores:

EMENTA: HABEAS CORPUS, INADIMPLÊNCIA DE DÉBITOS ALIMENTARES, PRISÃO CIVIL, SÚMULA 309 DO STJ. ADIMPLENTO, EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ

1.O habeas corpus deve ser concedido sempre que alguém, sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

2.É permitida a prisão civil de devedor de alimentos em razão do inadimplemento de dívida atual, assim consideradas as parcelas alimentares vencidas nos três meses anteriores à interposição da execução, bem como aqueles que se vencerem no curso da lide. Súmula nº 309 do STJ.

3.Desaparecendo as razões que levaram o magistrado a decretar a ordem de prisão do paciente, vez que foram quitados os débitos da pensão alimentícia, não se justifica mais o decreto prisional.

4.Ordem concedida com a manutenção da liminar. (BRASIL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Habeas Corpus 40015767920178040000. Relator Airton Luís Corrêa Gentil. Amazonas. 26 de novembro de 2020.)

No caso em questão houve o deferimento da ordem de habeas corpus, já que o executado comprovou o pagamento da pensão devida. Além do mais, a prisão requerida era baseada na suposta dívida de todos os débitos alimentares, porém é previsto pela Súmula 309 do STJ que a prisão civil do devedor de alimentos deve ser dada em

razão do inadimplemento das parcelas de três meses anteriores à interposição da execução.

Por fim, em razão de sua natureza coercitiva, o devedor de alimentos não estará condicionado à garantia prevista na norma constante do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, não sendo aplicada, portanto, às execuções de prestações alimentares.

5 A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO PERÍODO DE PANDEMIA

Uma particularidade acerca do tema de execução de alimentos é a possibilidade das ações revisionais. Os alimentos não transitam em julgado materialmente, ou seja, podem ser revistos a qualquer tempo, devido a sua sentença transitar apenas no âmbito formal.

Com a pandemia advinda do COVID-19 houve o fechamento de diversos setores da economia em decorrência do isolamento social, de forma que a renda de vários profissionais foi comprometida, ocasionando casos frequentes de inadimplência de alimentos. Portanto, deve-se fazer uma abordagem sobre os aspectos jurídicos em relação ao dever de prestar alimentos e a quantidade necessária para suprir a carência do alimentando, visto que houve uma redução da capacidade financeira do alimentante. Assim, fica a seguinte indagação: como proceder?

O Código Civil estabelece no artigo 1.699 a possibilidade de redução ou majoração dos alimentos. Segundo a redação deste (BRASIL, 2002):

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

A execução de alimentos, como visto anteriormente, poderá ser procedida pelo rito do art. 528 e seguintes do CPC/15 ou pelas medidas constritivas previstas no art. 831 e seguintes do mesmo código. Quanto à execução que diz respeito à prisão do executado, tem-se a possibilidade da prisão, a qual pode ser requerida pelo exequente. Esta foi severamente afetada pela pandemia, como afere Dias (2011):

Todos têm direito de viver, e viver com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1º III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. (...) Depois dos cônjuges e companheiros, são os parentes os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios. A lei transformou os vínculos afetivos em encargos de garantir a subsistência dos parentes. Trata-se do dever de mútuo auxílio transformado em proteção à família (CF 226). Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse ônus. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a prisão do devedor de alimentos (CF 5º LXVII) (DIAS, 2011, p. 513).

No entanto, no âmbito prático, ressalta-se um conflito de normas, se de um lado tem-se a obrigação de pagar os alimentos, há também o direito à vida e à saúde do devedor, o qual fica desprotegido ao ter de cumprir prisão civil devido ao inadimplemento, visto que ambos os direitos são amparados pela Constituição Federal, ponderando qual deve ser utilizado, em detrimento de outro. Nesse sentido afirma Silva (2014):

De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo do seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência. (SILVA, 2014, p. 200).

Nos tempos de pandemia a prisão civil do devedor apenas iria contra as normas instituídas devido o isolamento social, e em consequência, o distanciamento social. E assim, a prisão gera um duplo dano: a contaminação do preso e dos demais detentos e serventuários. Dessa forma, deve prevalecer o direito à vida e saúde do devedor, visto que de nada adianta o inadimplente contrair o vírus e deixar de pagar os alimentos em função desse fato. Portanto, deve-se suspender o cumprimento e a execução da ordem de prisão, para que possa ser executada posteriormente, quando a situação pandêmica estiver com efeitos controlados. Com isso a terceira turma do STJ no Habeas Corpus nº 580261/MG determina que:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR PRISÃO DOMICILIAR. SUPERACÃO DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA N.º 691/STF. RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 DO CNJ. PANDEMIA DO CORONOVÍRUS (COVID 19). SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A AUTORIZAR A CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL. 1. Controvérsia em torno da regularidade da prisão civil do devedor inadimplente de prestação alimentícia, bem como acerca da forma de seu cumprimento no momento da pandemia pelo coronavírus (Covid 19). 2. Possibilidade de superação do óbice previsto na Súmula n.º 691 do STF, em casos de flagrante ilegalidade ou quando indispensável para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, o que não ocorre no caso dos autos. 3. Considerando a gravidade do atual momento, em face da pandemia provocada pelo coronavírus (Covid-19), a exigir medidas para contenção do contágio, foi deferida parcialmente a liminar para assegurar ao paciente, o direito à prisão domiciliar, em atenção à Recomendação CNJ nº 62/2020. 4. Esta Terceira Turma do STJ, porém, recentemente, analisando pela primeira vez a questão em colegiado, concluiu que a melhor alternativa, no momento, é apenas a suspensão da execução das prisões civis por dívidas alimentares durante o período da pandemia, cujas condições serão estipuladas na origem pelos juízos da execução da prisão civil, inclusive com relação à duração, levando em conta as determinações do Governo Federal e dos Estados quanto à decretação do fim da pandemia (HC n.º 574.495/SP). 5. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Habeas Corpus 580261 MG 2020/0109941-8. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Minas Gerais. 08 jun. 2020).

Esse julgado determinou que o mais sensato na atual situação pandêmica seria a suspensão do cumprimento das prisões civis, pois esta, uma vez cumprida, não exime

a obrigação de pagar, evitando prejuízos ao devedor e a terceiros. Sob a mesma lógica, entende a resolução nº 62/2020 do CNJ, (BRASIL, 2020):

Artigo 6º. Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

Ante o exposto, também foi decidido no Habeas Corpus Coletivo nº 1.0000.20.032967-0/000, de 20 de março de 2020 que deferiu, em parte, a liminar, a concessão da ordem para autorizar o cumprimento da pena de prisão civil, em regime domiciliar, com validade de trinta dias. Cabe ressaltar que, no tocante a prisão civil que é cumprida em estabelecimento prisional, tendo como uma de suas características a coletividade, esta não oferece condições básicas e necessárias para evitar a contaminação pelo COVID-19.

Entretanto, a prisão domiciliar poderá incidir sobre o não cumprimento do pagamento dos alimentos, não exercendo a função coercitiva prevista no art. 528, § 3º do CPC/15, já que permanecer em prisão domiciliar nos tempos de pandemia não surtirá os devidos efeitos considerando o isolamento social em que a sociedade se encontra. Nesse sentido, menciona o magistrado Rafael Calmon, membro do Instituto brasileiro de Direito de Família - IBDFAM:

Acompanho a maioria da doutrina e não concordo que essa seja a medida ideal. O aprisionamento, para mim, não deve ser decretado neste momento, ou deve ser decretado agora para o cumprimento só quando acabar a pandemia - o que, convenhamos, também não é o ideal. O correto é não decretar, porque não será eficaz, já que todos nós já estamos em uma 'prisão domiciliar' imposta pela Covid-19.

Uma solução para evitar o inadimplemento do devedor de alimentos seria a aplicação do disposto no artigo 139, IV do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Referidas medidas dizem respeito a atividade substitutiva do juiz, isto é, o juiz substitui as partes, aplicando o direito e dando a estas o que é seu em decorrência da previsão legal. No caso da execução de alimentos, o juiz age em nome do executado e assim pratica a atividade que pelo mesmo deveria ter sido realizada. Dessa forma, a satisfação da medida coercitiva se dá pela aplicação das medidas estipuladas no art. supramencionado, a fim de efetivar a decisão judicial. Deste modo, o juiz poderá exercer o poder conferido no texto normativo com objetivo de obrigar o executado a cumprir com o débito alimentar, por meio de multa pecuniária, juros, retenção do passaporte, suspensão da CNH, dentre outras medidas.

Outra solução possível encontra-se no inciso V do referido artigo, o qual diz respeito a tentativa de autocomposição que poderá ser decretada de ofício pelo magistrado e ocorrer a qualquer tempo durante o curso do processo, podendo ser exercida pelo juiz quantas vezes entender necessário, desde que haja a formação por completo da pretensão das partes. À vista disso, as partes poderão chegar a uma transação que se enquadre em suas situações, de forma a objetivar uma melhor adaptação para ambas no tempo pandêmico.

Outrossim, ante ao quadro que assola o país, outro fator possível é a conversão pelo rito da prisão para o rito da constrição patrimonial, o que deve ser requerido pelo exequente. Nesse sentido, cabe ressaltar o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o qual deu provimento ao recurso para utilização de outros meios para tomada de bens do devedor de pensão alimentícia. A decisão foi tomada de forma unânime pelos desembargadores da 8ª Turma Cível do Tribunal Distrital.

Na decisão, o colegiado confirmou a decisão liminar do desembargador relator, deferindo a conversão da execução de alimentos pelo rito da constrição pessoal do devedor para o rito da penhora, estipulando ainda que se mesmo assim a satisfação do débito não for alcançada, o alimentando poderá requerer novamente a prisão do devedor após o período da pandemia.

Ademais, por considerar que o devedor de alimentos tem seus rendimentos afetados com a pandemia, outra possível solução seria o ajuizamento da ação de revisional de alimentos, a fim de obter a revisão da pensão alimentícia anteriormente fixada, tendo em vista a alteração da situação financeira do alimentante. Cabe ao alimentando demonstrar tais circunstâncias por meio da produção de provas, havendo ainda a possibilidade de as partes realizarem acordo sobre a questão.

Neste caso, o juiz deverá verificar se a modificação nos alimentos será razoável para o alimentando e se será possível de ser quitado pelo alimentante, bem como levar em consideração o trinômio: necessidade/possibilidade/proporcionalidade e, no caso em questão, observar também os efeitos causados pelo vírus do COVID-19 na situação de ambas as partes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, afere-se a disposição normativa acerca da execução de alimentos, no âmbito do cumprimento de sentença e da execução *stricto sensu*, bem como as modificações dos dispositivos legais, como visto alhures, ao comparar o Código de Processo Civil de 1973 e o atual Código de Processo Civil de 2015.

Desta feita, é imperioso ressaltar a influência da pandemia do COVID-19 para efetividade dessas normas, visto que a possibilidade do rito de prisão civil do devedor inadimplente restou prejudicada em relação ao isolamento social, que demandou uma adaptação das normas em vigor. Com o exposto neste artigo, percebeu-se um conflito de normas entre o direito à vida e saúde do devedor e a necessidade de incentivo ao pagamento do débito alimentício, a fim de garantir a dignidade do alimentando, isto é, a manutenção de vida deste nos diversos âmbitos, como na educação, saúde, moradia e lazer.

Com isso, cabe aos tribunais, a observância ao disposto normativo, porém, adaptada à situação pandêmica, como foi possível observar nos julgados, que, de fato, têm aplicado o disposto na Constituição Federal quanto ao direito à vida e à saúde supramencionados. Não obstante, o direito do alimentando também é resguardado, ao preferir a escolha do rito de penhora dos bens do alimentante, muitas vezes, em caráter de urgência.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. **Habeas Corpus 40015767920178040000**. Relator Airton Luís Corrêa Gentil. Amazonas. 26 nov. 2020. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533762176/40015767920178040000-am-4001576-7920178040000?ref=serp>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 jun. 2020

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL, **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/516>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL, **LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 15 jun 2020.

BRASIL, **LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **RESOLUÇÃO Nº 62, de 17 de março de 2020**. Diário de Justiça. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Habeas Corpus 580261 MG 2020/0109941-8**. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Minas Gerais. 08 jun. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868170155/habeas-corpus-hc-580261-mg-2020-0109941-8/inteiro-teor-868170177?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 jun. 2020.

DIAS, Maria Helena. **Manual de Direito das Famílias**, 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 513.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3º. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. **Apelação Cível 04658749820178090051**. Relator: NEY TELES DE PAULA. 01 ago. 2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/739451242/apelacao-cpc-4658749820178090051?ref=serp>. Acesso em: 10 jun. 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento 03686759820188090000**. Relatora Elizabeth Maria da Silva. Goiás, 28 jan. 2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712173847/agravo-de-instrumento-cpc-ai-3686759820188090000?ref=serp>. Acesso em: 07 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Justiça autoriza penhora de bens diante da impossibilidade de prisão de devedor de alimentos. IBDFAM, 16 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7506/Justi%C3%A7a+autoriza+penhora+de+bens+diante+da+impossibilidade+de+pris%C3%A3o+de+devedor+de+alimentos>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas Corpus n. 1.0000.20.032967-0/000**. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. Belo Horizonte, 20 de março de 2020. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/data/files/4C/05/04/97/279F07102A890D075ECB08A8/HC_prisao_alimenticia.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento 10384090817972001**. Leopoldina. Relator Afrânio Vilela. 21 março 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/937987877/agravo-de-instrumento-cv-ai-10384090817972001-leopoldina/inteiro-teor-937987950>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Direito de família: exposição técnica e systemática do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 355.

NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, 18º. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Campinas: Russel, 2003, p. 295.

RIOGRANDEDOSUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. **Apelação Cível 70083172882**. Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778883839/apelacao=-civel-ac70083172882--rs?ref=serp>. Acesso em: 23 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8º Câmara Cível. **Agravo de instrumento 70077996700**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. 13 de setembro de 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778883839/apelacao-civel-ac-70083172882-rs?ref=serp>. Acesso em: 11 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2014

THEODORO Jr, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**. Volume III - 53ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Covid-19: Turma autoriza penhora de bens diante da impossibilidade de prisão de devedor de alimentos, imprensa do TJDF, 20 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/julho/covid-19-impossibilidade-de-prisao-de-devedor-de-alimentos-permite-penhora-de-bens#:~:text=Os%20Desembargadores%20da%208%C2%AA%20Turma,encontra%2Dse%20suspensa%20durante%20a>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.



CAPÍTULO 5

CRIAÇÃO DO INSTITUTO FEDERAL DO MARANHÃO E ASPECTOS RELEVANTES SOBRE OS ART. 13 E 14 DA LEI N° 11.892/2008

*CREATION OF THE FEDERAL INSTITUTE OF
MARANHÃO AND RELEVANT ASPECTS ABOUT
ART. 13 AND 14 OF LAW N° 11.892 / 2008*

Felipe Silva e Silva¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.5

¹ Faculdade de Tecnologia de Teresina - CET. felipe_xlima@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo é voltado para análise da criação do Instituto Federal do Maranhão e o processo de integração das autarquias pré-existentes a época à estrutura organizacional da nova entidade criada com o advento da Lei nº 11.892/2008. É ponto de debate o caráter democrático e o respeito às relações jurídicas consolidadas nas Escolas Agrotécnicas Federais e no Centro Federal de Educação Tecnológica do Maranhão mesmo com o surgimento de nova autarquia federal.

Palavras-chave: Escolas Agrotécnicas Federais. Centro Federal de Educação Tecnológica do Maranhão. Instituto Federal do Maranhão.

ABSTRACT

This article focuses on the analysis of the creation of the Federal Institute of Maranhão and the process of integrating pre-existing municipalities at that time into the organizational structure of the new entity created with the advent of Law 11,892 / 2008. The democratic character and respect for consolidated legal relations in the Federal Agrotechnical Schools and in the Federal Center for Technological Education of Maranhão is a point of debate, even with the emergence of a new federal autarchy.

Keywords: Federal Agrotechnical Schools. Federal Center for Technological Education of Maranhão. Federal Institute of Maranhão.

1 INTRODUÇÃO

O Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão completou no ano de 2020 doze anos de funcionamento, marcado por diversos desafios e evolução, estando presente em mais de 30 municípios espelhada pelo estado do Maranhão. Com a criação dos IFs a partir de uma estrutura pré-existente de Escolas Agrotécnicas Federais e dos centros Federais de Educação Tecnológica, decorrente da Lei nº 11.892/2008 a malha institucional e a interiorização dessas Unidades de Ensino progrediram alcançando públicos diversos e comunidades cada vez mais afastadas dos grandes centros urbanos. A Educação Profissional Tecnológica passou a ser uma realidade para uma quantidade maior de indivíduos e famílias.

A Lei nº 11.892/2008 trouxe amplo arcabouço democrático ao definir de quais formas a comunidade escolar participaria do processo de escolha de seus dirigentes, e respeitou a gestão dos diretores das EAFs e CEFETs. É sobre esse ponto que trataremos.

2 DA CRIAÇÃO PECULIAR DO INSTITUTO FEDERAL DO MARANHÃO: CRIAÇÃO NÃO ORIGINÁRIA POR INTEGRAÇÃO DAS ESCOLAS AGROTÉCNICAS FEDERAIS E DO CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DO MARANHÃO

Os Institutos Federais de Educação têm seu surgimento em 31 de dezembro de 2008, por se tratarem de autarquias federais, e, em estrita observância ao texto constitucional, em especial ao que dispõe o art. 37, inciso XIX da Constituição Federal, seu aparecimento ao mundo jurídico apenas se concretizou com o sancionamento de lei específica, no caso em concreto, com a publicação da Lei Federal nº 11.892, de 30 de dezembro de 2008.

Na situação fática do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão a Lei nº 11.892/2008 assim estabeleceu:

Lei nº 11.892/2008

(...)

Da Criação dos Institutos Federais

Art. 5º Ficam criados os seguintes Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia:

(...)

XII - Instituto Federal do Maranhão, mediante integração do Centro Federal de Educação Tecnológica do Maranhão e das Escolas Agrotécnicas Federais de Codó, de São Luís e de São Raimundo das Mangabeiras; (Brasil, 2008)

Destarte, o instrumento legal, em claro alinhamento com o preconiza o art. 61 § 1º, inciso II, alínea “e” combinado com o art. 37, inciso XIX, ambos da Constituição Federal, extinguiu os órgãos federais pré-existent: Centro Federal de Educação Tecnológica do Maranhão e das Escolas Agrotécnicas Federais de Codó, de São Luís e de São Raimundo das Mangabeiras, integrando-os à recém autarquia criada naquele ato legislativo: o IFMA.

3 PRESERVAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRÉ-EXISTENTES À CRIAÇÃO DO IFMA NO ÂMBITO DAS ESCOLAS AGROTÉCNICAS FEDERAIS (EAF) E DO CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DO MARANHÃO (CEFET-MA) INTEGRADAS À NOVA AUTARQUIA

É evidente que da integração das instituições federais anteriores ao IFMA poderiam surgir controvérsias jurídicas, vez que tanto as EAFs quanto o CEFET-MA já advinham de uma estrutura em pleno funcionamento antes de 31 de dezembro de 2008. Dessa maneira, era condição imperiosa que a Lei nº 11.892/2008 reservasse disposições transitórias, com vistas a manutenção da segurança jurídica das relações já consolidadas antes de sua sanção.

Tal condição advém da observância do Princípio da Segurança Jurídica, que assim consiste:

A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, J., 2006, p. 133).

Há de se observar, que implicitamente, sob a égide constitucional tal princípio se consagrou nas disposições do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF) de 1988, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”.

Com foco precípua na estabilidade jurídica das relações pré-existentes e já adquiridas e consolidadas, a Lei de criação dos Institutos Federais reserva capítulo específico para regular as disposições gerais e transitórias, contemplando a preservação dos mandatos dos dirigentes das EAFs e dos CEFETs conquistados antes da criação dos IFs.

Lei nº 11.892/2008

(...)

Art. 14. O Diretor-Geral de instituição transformada ou integrada em Instituto Federal nomeado para o cargo de Reitor da nova instituição exercerá esse cargo até o final de seu mandato em curso e em caráter pro tempore, com a incumbência de promover, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a elaboração e encaminhamento ao Ministério da Educação da proposta de estatuto e de plano de desenvolvimento institucional do Instituto Federal, assegurada a participação da comunidade acadêmica na construção dos referidos instrumentos.

§ 1º Os Diretores-Gerais das instituições transformadas em campus de Instituto Federal exercerão, até o final de seu mandato e em caráter pro tempore, o cargo de Diretor-Geral do respectivo campus. (Brasil, 2008)

4 OS MANDATOS DOS DIRETORES-GERAIS DAS EAFS E DO CEFET-MA ADVINDOS DE REGULAMENTAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 11.892/2008: DIREITO ADQUIRIDO

Os dirigentes das autarquias federais: EAFs e do CEFET-MA quando da entrada em vigor da Lei que ao mesmo tempo as extinguiu e as integrava ao IFMA, possuíam mandatos como diretores-gerais, conquistados sob a égide do Decreto nº 4.877, de 13 de novembro de 2003:

Decreto nº 4.877, de 13 de novembro de 2003

Art. 1º Os Centros Federais de Educação Tecnológica, as Escolas Técnicas Federais e as Escolas Agrotécnicas Federais serão dirigidos por um Diretor-Geral, nomeado pelo Ministro de Estado da Educação, a partir da indicação feita pela comunidade escolar, nos termos deste Decreto.

Art. 2º Compete ao Conselho Diretor de cada instituição deflagrar o **processo de escolha, pela comunidade escolar, do nome a ser indicado ao Ministro de Estado da Educação para o cargo de Diretor-Geral.**

(...)

Art. 4º **Poderão candidatar-se** ao cargo de Diretor-Geral os docentes pertencentes ao Quadro de Pessoal Ativo Permanente da Instituição, com pelo menos cinco anos de efetivo exercício na Instituição de Ensino.

§ 1º Do processo de escolha a que se refere o **caput** participarão todos os servidores que compõem o Quadro de Pessoal Ativo Permanente da Instituição, bem como os alunos regularmente matriculados.

(...)

Art. 5º Em todos os **casos prevalecerão o voto secreto e uninominal**, observando-se o peso de dois terços para a manifestação dos servidores e de um terço para a manifestação do corpo discente, em relação ao total do universo consultado.

Art. 6º **O nome do candidato escolhido**, mediante observância estrita e cumulativa do disposto nos arts. 2º, 3º, 4º e 5º, será **encaminhado pelo Presidente do Conselho Diretor ao Ministro de Estado da Educação, no mínimo trinta e no máximo sessenta dias antes do término do mandato em curso.**

Art. 7º **O mandato de Diretor-Geral de Centro Federal de Educação Tecnológica, Escola Técnica Federal e Escola Agrotécnica Federal será de quatro anos**, sendo vedada a investidura em mais do que dois mandatos consecutivos. (Brasil, 2003)

Assim, com efeitos aplicáveis ao caso em concreto, os dirigentes das extintas autarquias integradas ao IFMA, por estrito comando do art. 14, §1º da Lei nº 11.892/2008 continuaram a exercer seus cargos de direção no âmbito da nova entidade criada.

Tais efeitos jurídicos foram, portanto, de imediato gozados pelos dirigentes:

- **JOSÉ FERREIRA COSTA:** Diretor-Geral do CEFET-MA que foi nomeado para o cargo de Reitor *Pro tempore* do IFMA até o término do mandato advindo do CEFET - MA;
- **VESPASIANO DE ABREU DA HORA:** Diretor-Geral da Escola Técnica de São Luís que foi nomeado para o cargo de Diretor-Geral *pro tempore* do IFMA - São Luís Maracanã até o término do mandato advindo do EAGF - São Luís;
- **FABIO LUSTOSA SOUZA:** Diretor-Geral da Escola Agrotécnica Federal de Codó que foi nomeado para o cargo de Diretor-Geral *pro tempore* do IFMA - Codó até o término do mandato advindo do EAGF - Codó;
-

5 CAMPI EM FASE DE IMPLANTAÇÃO: EXERCÍCIO DO CARGO DE DIRETOR-GERAL DESPROVIDO DE CARÁTER MANDATÁRIO, CONFORME INTELIGÊNCIA DO ART. 13 DA LEI Nº 11.892/2008

Como visto, o legislador ordinário, com especial atenção às garantias legais perfeitamente adquiridas no seio de regulamentação anterior, permitiu aos dirigentes-gerais já constituídos nas EAFs e no CEFET-MA continuassem exercendo cargos de direção até o término do mandato conquistados conforme comandos do Decreto nº 4.877, de 13 de novembro de 2003.

Ocorre que o IFMA a partir de sua criação, absorveu órgãos já em funcionamento (EAFs e o CEFET-MA), e portanto, já com diretores eleitos, e outros que ainda que seriam implantados, sendo dirigentes previamente escolhidos pela comunidade institucional.

É necessário pontuar que a sua Lei de fundação estabeleceu novos critérios de elegibilidade de seus diretores-gerais, diversa da regulamentação do Decreto nº 4.877, de 13 de novembro de 2003.

Lei nº 11.892/2008

(...)

Art. 13. Os campi serão dirigidos por Diretores-Gerais, nomeados pelo Reitor para mandato de 4 (quatro) anos, permitida uma recondução, após processo de consulta à comunidade do respectivo campus, atribuindo-se o peso de 1/3 (um terço) para a manifestação do corpo docente, de 1/3 (um terço) para a manifestação dos servidores técnico-administrativos e de 1/3 (um terço) para a manifestação do corpo discente.

§ 1º Poderão candidatar-se ao cargo de Diretor-Geral do campus os servidores ocupantes de cargo efetivo da carreira docente ou de cargo efetivo de nível superior da carreira dos técnico-administrativos do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, desde que possuam o mínimo de 5 (cinco) anos de efetivo exercício em instituição federal de educação profissional e tecnológica e que se enquadrem em pelo menos uma das seguintes situações:

I - preencher os requisitos exigidos para a candidatura ao cargo de Reitor do Instituto Federal;

II - possuir o mínimo de 2 (dois) anos de exercício em cargo ou função de gestão na instituição; ou

III - ter concluído, com aproveitamento, curso de formação para o exercício de cargo ou função de gestão em instituições da administração pública.

§ 2º O Ministério da Educação expedirá normas complementares dispondo sobre o reconhecimento, a validação e a oferta regular dos cursos de que trata o inciso III do § 1º deste artigo. (Brasil, 2008)

Aos *campi* em processo de implantação, em virtude das exigências de elegibilidade constante no § 1º e inciso II da Lei, não seria possível de imediato a realização de processos de consultas à comunidade acadêmica para definição de seus diretores-gerais.

Dessa maneira, o Decreto nº 6.986, de 20 de outubro de 2009, que regulamenta o processo se consulta aos cargos de dirigentes-gerais dos IFs apenas exigiu que o referido processo eleitoral, nos campi em fase de implantação, ocorresse após cinco anos do seu efetivo funcionamento:

Decreto nº 6.986, de 20 de outubro de 2009

(...)

Art. 13. As consultas para o cargo de Diretor-Geral nos campi em processo de implantação deverão ser realizadas após cinco anos de seu efetivo funcionamento, contados da data da publicação do ato ministerial que autorizou o início das suas atividades, conforme o disposto no art. 12, § 1º, da Lei nº 11.892, de 2008. (Brasil, 2009)

Nessas unidades em implantação, os cargos de Diretor-Geral foram providos, por ato unilateral do Reitor do IFMA e em caráter *ad nutum*, dispensada a consulta prévia à comunidade acadêmica, por força de inequívoca disposição legal:

Lei nº 11.892/2008

(...)

Art.14.

(...)

§ 2º Nos campi em processo de implantação, os cargos de Diretor-Geral serão providos em caráter pro tempore, por nomeação do Reitor do Instituto Federal, até que seja possível identificar candidatos que atendam aos requisitos previstos no § 1º do art. 13 desta Lei. (Brasil, 2008)

Há de se observar que os dirigentes nomeados com fulcro no § 2º do art. 14 da Lei nº 11.892/2008, não gozavam de condição mandatária no exercício do cargo de diretor-geral, uma vez que a Lei de criação dos IFs assim estabeleceu:

Lei nº 11.892/2008

(...)

Art. 13. Os campi serão dirigidos por Diretores-Gerais, nomeados pelo Reitor para mandato de 4 (quatro) anos, permitida uma recondução, **após processo de consulta à comunidade do respectivo campus**, atribuindo-se o peso de 1/3 (um terço) para a manifestação do corpo docente, de 1/3 (um terço) para a manifestação dos servidores técnico-administrativos e de 1/3 (um terço) para a manifestação do corpo discente. (Brasil, 2008)

Nos termos da legislação em comento, o exercício de mandato para o cargo de Diretor-Geral exigiria consulta prévia à comunidade escolar, representada pelos seus servidores e estudantes. Fato inviável de ocorrer às unidades em implantação, face aos pré-requisitos de elegibilidade firmados na própria Lei.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o caráter democrático e o respeito às instituições pré-constituídas pela Lei nº 11.892/2008, trazendo modernização à estrutura da Educação Profissional e Tecnológica Federal e respeitando a autonomia da comunidade acadêmica no processo eleitoral de seus dirigentes. O marco inaugurado pela Lei de criação dos Institutos Federais demonstra que o investimento em educação e o respeito às garantias constitucionais da autonomia universitária foi passo fundamental para a consolidação da Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica. Nesse ponto, o processo de escolha democrático e participativo é impositivo dessa legislação.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Decreto nº 4.877, de 13 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4877.htm . Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL, Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11892.htm Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL, Decreto nº 6.986, de 20 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6986.htm Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

CAPÍTULO 6

O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL: O ALÉM DA SENTENÇA JUDICIAL

THE ROLE OF THE JUDGE IN EFFECTIVE JURISDICTIONAL PROVISION: BEYOND THE JUDICIAL SENTENCE

Filipe Ewerton Ribeiro Teles¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.6

¹ Pesquisador na área de Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos e Direito Internacional Público pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0641-2703>. E-mail: felipeteles125@gmail.com

RESUMO

Este trabalho visa lançar luzes ao tema do papel do juiz na efetiva prestação jurisdicional para além da sentença judicial. Nesse sentido, destaque para como o juiz tem grande responsabilidade social e política, não podendo atuar apenas sobre as consequências, mas também sobre as causas dos problemas sociais. A responsabilidade de julgar é pessoal e intransferível. É sua a responsabilidade de julgar e de fazer justiça. Seu dever não é apenas de julgar, mas de julgar bem. Assim, não pode omitir-se com a preocupação da imparcialidade, porque a lei lhe impõe a obrigação de buscar as provas para formar seu convencimento, estejam onde estiverem. O juiz deve ser parcial em favor da verdade e da justiça. Em cada sentença, manchada de suor e lágrimas, segue um pedaço do coração do juiz. Não se pode olvidar de temas como o juiz e a psicologia, o juiz e a cultura e o juiz e os números como temas essenciais para a consecução do trabalho.

Palavras-chave: Juiz. Sentença Judicial. Responsabilidade Social.

ABSTRACT

This work aims to shed light on the theme of the role of the judge in the effective jurisdictional provision beyond the judicial sentence. In this sense, we highlight how the judge has great social and political responsibility, not being able to act only on the consequences, but also on the causes of social problems. The responsibility for judging is personal and non-transferable. It is your responsibility to judge and do justice. Your duty is not just to judge, but to judge well. Thus, he cannot ignore the concern of impartiality, because the law imposes an obligation on him to seek the evidence to form his conviction, wherever they are. The judge must be partial in favor of truth and justice. In each sentence, stained with sweat and tears, a piece of the judge's heart follows. One cannot forget issues such as the judge and psychology, the judge and culture and the judge and the numbers as essential themes for the accomplishment of the work.

Keywords: Judge. Judicial sentence. Social responsibility.

1 INTRODUÇÃO

A criação de estereótipos constitui comportamento comum nas mais diversas formações sociais. As pessoas costumam generalizar certas características e atribuí-las a determinados grupos sem que tenham real conhecimento dos indivíduos que os compõem. Funcionam como uma espécie de noção preconcebida, um rótulo incutido no imaginário social, que se baseia em informações superficiais ou de pouca verificação científica.

Não raro os estereótipos trazem consigo uma pesada carga pejorativa. Opiniões anônimas são tidas como verdadeiras e terminam por consolidar no subconsciente coletivo um conjunto de qualidades que mapeiam a vida das pessoas e as colocam em posições que não necessariamente retratam aquilo que lhes é predominante.

Existem estereótipos econômicos, profissionais, religiosos, étnicos, de gênero, regionais e até de linguagem. Aqui e acolá ouvimos frases do tipo: “aquele homem bem vestido deve ser rico” ou “meninos vestem azul e meninas vestem rosa”. Estas e tantas outras afirmações são frequentemente assimiladas de modo tão natural, que propagam a ideia leviana de que todos nós conhecemos profundamente a personalidade de cada um dos estereotipados.

Contudo, em termos antropológicos, é absolutamente compreensível que a espécie humana tenha se dedicado à criação de estereótipos. Ernest Cassirer (2012) já dizia que o homem deve ser compreendido a partir dos símbolos que cria, isto é, de tudo aquilo a que atribui significância, tais como religião, linguagem, arte, etc. A cultura humana seria formada pela interconexão dos símbolos em um determinado tempo e lugar. Estereótipos nada mais são do que símbolos, traços culturais indissociáveis do ser humano, cujo potencial criativo revelou-se, ao mesmo tempo, uma grande vantagem evolutiva e uma fonte inesgotável de injustiças.

Obviamente que o juiz não escapa aos estereótipos. Em tom jocoso fala-se que “metade dos juízes pensa que é Deus e a outra metade tem certeza”. A figura do juiz espelha poder, força, pro⁷ ciência para se impor, para exigir o cumprimento do que determina e punir aqueles que desobedecem. Mas, afinal, quem é o juiz? Será que essa visão estereotipada corresponde à realidade? A atividade jurisdicional, assim entendida como a forma heterocompositiva de solução de conflitos exercida pelo Estado, através do Poder Judiciário, mediante a qual o juiz diz o direito no caso concreto e implementa materialmente aquilo que decidiu, tem se tornado cada vez mais alvo de críticas e reflexões. No Brasil, arraigou-se ao imaginário popular a ideia de que a Justiça é lenta e ineficaz. Os processos possuem uma tramitação demorada e extremamente complexa, cheia de desvios e nuances que favorecem um atraso desmesurado na entrega da tutela jurisdicional. Não raro as sentenças são descumpridas e o Poder Judiciário não consegue reunir ferramentas capazes de conferir a merecida eficácia às suas decisões, gerando uma sensação de impunidade e descaso com o jurisdicionado, sobretudo aquele que tem o bom direito.

A percepção que se tem é que a sociedade não deseja apenas a prestação jurisdicional em si, mas uma prestação jurisdicional efetiva (e eficiente), que garanta o cum-

primento das decisões e a salvaguarda dos direitos violados ou ameaçados de violação, ou seja, uma real tutela da dignidade.

Acontece que a consecução de uma tutela jurisdicional efetiva não é tarefa simples e depende de variáveis que muitas vezes fogem à autoridade do juiz. Porém, o magistrado não pode abrir mão de suas responsabilidades, enquanto agente estatal incumbido da condução do processo, a ponto de ignorar que a forma como irá decidir interferirá substancialmente na vida dos litigantes. Resgatando a noção de juiz multidisciplinar, é imprescindível que o magistrado saiba lidar não apenas com o Direito espelhado na lei, mas com outros aspectos metajurídicos que se mostram essenciais à eficiência da prestação jurisdicional. Nesse sentido, dentre os vários aspectos extrajurídicos com os quais o juiz deve dialogar, foram escolhidos três para uma abordagem mais aprofundada: a) o juiz e a psicologia; b) o juiz e a cultura; e c) o juiz e os números.

2 O JUIZ E A ATIVIDADE EXTRAJUDICIAL

2.1 O juiz e a psicologia

É corriqueira a afirmação de que “da cabeça do juiz ninguém sabe o que pode sair”. Em boa medida, tal afirmação não deixa de ser verdadeira. Isto porque, o juiz não é um robô que escolhe estatisticamente a norma que deve aplicar ao caso concreto. Frequentemente, o comportamento racional do magistrado encontra-se permeado de questões ligadas à sua consciência subjetiva e história de vida. O juiz, tal como qualquer ser humano, encontra-se vinculado aos seus paradigmas. Para Vilela (2015, p. 69), paradigma nada mais é do que uma visão de mundo, composto de componentes éticos, estéticos, econômicos, ideológicos, históricos, dentre outros. Quando decide, a psique do juiz não funciona exclusivamente sob os auspícios da razão. Por mais que queira, o magistrado – posto que humano – não consegue se desvencilhar completamente de suas convicções pessoais.

Ainda que tente, alguns traços de sua personalidade individual estarão sempre presentes no substrato de suas decisões. Além da razão, o juiz se vale da intuição e das máximas de experiência para proferir seus julgamentos. O Código de Processo Civil Brasileiro (BRASIL, 2015), inclusive, autoriza o juiz a utilizar “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” (artigo 375). Evidente que as regras de experiência não devem suplantar todo o arcabouço jurídico-normativo aplicável ao caso em exame.

O juiz deve ser técnico, o que não resulta dizer que deixará de ser sensível às questões de índole psicológica, tanto suas como daqueles que litigam. Neste particular, ocupa posição destacada na efetividade da tutela jurisdicional o exercício da em-

patia pelo juiz. O reconhecimento do outro, a partir dos preceitos de confiança e empatia, tem se mostrado primordial para a busca de uma solução eficiente. A empatia não deixa de ser um reflexo da alteridade do magistrado. Ao “reconhecer os direitos fundamentais do outro” (SIDEKUM, 2003, p. 236), o magistrado alcança a virtude de alicerçar suas ideias e convicções pessoais sem esquecer-se da presença e subjetividade das demais pessoas com as quais se relaciona, dentro e fora do processo judicial. Ademais, o juiz empático tende a desenvolver um potencial conciliador e mediativo, descendo o degrau que o afasta das partes e as convidando para atuar de maneira proativa e cooperativa na procura da melhor solução.

Quando a resolução da querela se faz por cooperação, a satisfação dos envolvidos com o resultado da pretensão é visivelmente superior, pois uma decisão meramente técnica e asséptica do juiz pode até encerrar o processo, mas dificilmente encerra o conflito que lhe é subjacente.

Destarte, a efetiva prestação jurisdicional perpassa pelo modo como o juiz se relaciona com a psicologia da sociedade, das partes e de si mesmo, sendo certo que o magistrado que ignora os aspectos psicológicos de sua atividade terá um árduo caminho mais a percorrer no exercício de suas funções.

2.2 O juiz e a cultura

Tudo que se refere ao ser humano deve ser temperado com uma considerável dose de culturalismo e historicidade. O direito é igualmente cultural e histórico. Aliás, no século XXI, fala-se cada vez mais em multicultural (SIDEKUM, 2003), dada a variedade de comportamentos e valores que a sociedade moderna vem cultuando, em um contexto geográfico expansivo e globalizado. Uma cultura é complexa por definição. Compreende variantes da história, da linguagem, da arte e dos valores mais caros para a sociedade. O direito não se desprende de seus elementos culturais, visto que a conquista da proteção jurídica a certos interesses decorreu de um longo processo de evolução social.

Dentre os inúmeros elementos culturais que influenciam o direito e, por conseguinte, a atividade jurisdicional, dois merecem relevo: a) a história; e b) a linguagem. Isto porque, a forma como o juiz lida com a dinâmica histórica dos fatos e com a linguagem responde, em boa medida, pela ciência de sua atuação.

Em termos históricos, o juiz deve estar atento ao passado, para que com ele aprenda como se comportar no presente e não reproduza os mesmos erros no futuro. Ocorre que a mecânica da lembrança não se faz de forma linear. “O cérebro esquece de fatos

que não estejam encadeados em narrativa. Fatos que não constam de enredos que o pensamento vai criando (...) tendem a ser esquecidos” (VILELA, 2015, p. 24).

Além do mais, uma história contada, notadamente no curso de um processo judicial, nem sempre consegue reproduzir aquilo que de fato aconteceu. O paradigma da verdade factual passa a atuar como uma espécie de “fantasma” a assombrar a consciência do julgador. Entra em cena o pedregoso desejo de busca da verdade. Não somente a verdade construída no processo, através das provas, mas a versão mais próxima da verdade histórica, a chamada verdade real. O juiz deve, pois, lidar com a história em suas diversas nuances. A história enquanto sucessão de fatos ocorridos e registrados ao longo dos anos. A história como retrato na narrativa pessoal e social de todos aqueles que, direta ou indiretamente, envolvem-se no conflito e, finalmente, a história como reflexo daquilo que é reproduzido dentro do processo, limitada pelos mecanismos probatórios admitidos no sistema processual.

No tocante à linguagem, sabe-se que ela está longe de ser acessória no Direito (VILELA, 2015, p. 81). Praticamente tudo que diz respeito ao mundo jurídico é externalizado em palavras escritas ou faladas. A linguagem não verbal é também importante, na medida em que interage com a comunicação verbal, complementando ou reforçando as palavras.

Não é novidade, contudo, que a linguagem é dotada de ambiguidades, abstrações e avaliações subjetivas. O ato de se comunicar pressupõe a avaliação de fenômenos, a organização de experiências, o raciocínio hipotético e a autorreflexão (WEIL; TOMPAKOW, 2010).

Para ter eficiência em sua atividade, o juiz precisa desenvolver competências que lhe capacitem a fazer um bom uso da linguagem. Vilela (2015, p. 92-97) sistematizou seis diretrizes ao correto uso da linguagem pelo juiz.

Em primeiro lugar, falando ou escrevendo, o juiz deve ser claro, ou seja, deve optar por uma linguagem simples, compreensível, pois os destinatários das decisões nem sempre possuem conhecimentos técnico-jurídicos, os quais somente devem ser empregados quando estritamente indispensáveis.

A segunda diretriz recomenda o uso de palavras necessárias. Ressalvados os casos de maior complexidade, que desafiam raciocínios mais elaborados e densos, o juiz deve ser contido na quantidade de palavras que utiliza, isto é, “a sentença deve ser tão longa quanto o problema exigir” (VILELA, 2015, p. 93).

A terceira diretriz orienta o uso de poucas palavras. Ser objetivo e econômico nas palavras reduz o risco de se dizer aquilo que não se quer, diminuindo as ambiguidades e possíveis deturpações interpretativas.

A quarta diretriz determina que o juiz seja direto. “Na maioria das vezes, aquilo que temos de bom para dizer, de substancial, não precisa e é melhor que nem tenha maiores introduções. É dizê-lo, e pronto” (VILELA, 2015, p. 94).

A quinta diretriz direciona-se à logicidade dos textos. As palavras devem ter coerência e lógica, não podendo ser utilizadas como uma amassada colcha de retalhos. “O juiz deve escrever a sentença como algo que possa ser lido em voz alta e convencer o ouvinte” (VILELA, 2015, p. 95). Finalmente, a sexta diretriz ensina ao juiz uma importante lição: é imprescindível que ele leia e releia constantemente o texto da norma. Mesmo que tal tarefa soe maçante, a familiaridade com a lei permitirá que a linguagem jurídica seja bem utilizada e, até mesmo, simplificada no momento das decisões.

Ao compreender a importância da linguagem e utilizá-la de maneira eficaz, o juiz certamente conseguirá conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, tornando-a acessível e passível de ser exigida.

2.3 O juiz e os números

É comum ouvir dentre os estudantes do curso de bacharelado em Direito que ali estão porque não se dão com números. Nada obstante, os números têm sido cada vez mais utilizados pelo operador do direito, não apenas na aplicação da norma, mas na sua elaboração. Os juízes, na sua atividade judicante, não estão infensos aos números. Aliás, o próprio Poder Judiciário tem sido traduzido em números. Desde o ano de 2003, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem apurando e quantificando diversos fatores relativos ao Poder Judiciário brasileiro, tais como: movimentação processual, recursos humanos e financeiros, produtividade, julgamento de casos antigos, conciliações realizadas, entre outros. (BRASIL, 2019).

A propósito, o relatório de 2019 traz alguns dados interessantes. Os estudos realizados pelo CNJ indicam que, pela primeira vez, houve queda na quantidade de processos pendentes nos órgãos do Judiciário brasileiro. A redução do estoque indica que a Justiça solucionou mais processos que o número de ações ingressadas (BRASIL, 2019).

Outro dado interessante do relatório refere-se à produtividade do Judiciário, que registrou os maiores valores já medidos nos últimos 10 anos, com crescimento tanto da produtividade individual (média por magistrado e servidor), quanto na global (total de baixados e de sentenças) (BRASIL, 2019).

Evidente que os números apurados pelo CNJ oferecem ao juiz informações relevantes para buscar uma melhor eficiência de sua atuação, permitindo-lhe conhecer o panorama no qual se insere e dispor de dados estatísticos oficiais e seguros para o diagnóstico dos problemas e construção das soluções.

Mas os números podem também deturpar a atividade jurisdicional. Desde a sua criação, o Conselho Nacional de Justiça metas para a atuação dos juízes. São metas de julgamento, metas de conciliação, de efetividade da execução dentre outras. Tais metas costumam configurar no topo das exigências correccionais, de maneira que os juízes não podem simplesmente recusar a sua observância, ainda que os recursos humanos e materiais não lhe permitam o cumprimento.

Ocorre que as metas do CNJ são preponderantemente quantitativas. Os números, nesse caso, ignoram a qualidade dos pronunciamentos judiciais, bem como a complexidade das causas a serem analisadas. A racionalidade matemática termina por confrontar a ideia de Justiça. Antes de ser um serviço, o Judiciário expressa um Poder de Estado. Enquanto prestador de serviço, é claro que o juiz deve se preocupar com os resultados e, neste particular, os números são significativamente relevantes. Contudo, enquanto detentor de um poder legitimado, o juiz não deve colocar os números em primeiro lugar. Antes de tudo, a atividade jurisdicional exige responsabilidade nos julgamentos, acuidade na apreciação das teses e aprofundamento das reflexões.

Em resumo, os números devem ser bem utilizados para que auxiliem o juiz na sua atividade. Não podem funcionar como parâmetro único de atuação ou mesmo aspecto preponderante do escopo das atribuições jurisdicionais.

3 METODOLOGIA

No que tange às ferramentas metodológicas, aponta-se que as pesquisas se embasaram principalmente em artigos científicos — periódicos —, livros e reportagens visando fundamentar o método da ciência jurídica.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como dito, o juiz é um agente estatal dotado de autoridade. Todavia, a aquisição desta condição não é tarefa simples. Há países em que os juízes são eleitos para a função. No Brasil, a investidura na carreira da magistratura se faz por concurso público de provas e títulos, conforme artigo 93 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

De acordo com a Resolução nº 75 de 2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL, 2009), o concurso público para ingresso na magistratura, restrito ao bacharel em Direito, é composto de cinco etapas: a primeira compreende uma prova objetiva

seletiva; a segunda, duas provas escritas; a terceira, sindicância da vida pregressa, exame de sanidade física e mental e exame psicotécnico; a quarta etapa consiste em uma prova oral; e a quinta e última etapa, de caráter meramente classificatório, consiste na avaliação de títulos (artigo 5º).

Destaque-se que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que disciplinou a então denominada reforma do Poder Judiciário, introduziu uma exigência a mais para que o interessado possa ingressar na carreira de juiz, a comprovação de três anos de atividade jurídica.

Considera-se atividade jurídica para fins de ingresso na magistratura apenas aquela adquirida após a obtenção do grau de bacharel em Direito, podendo consistir em: a) efetivo exercício da advocacia; b) exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico; c) exercício da função de conciliador judicial; e d) exercício da atividade de mediação ou de arbitragem (artigo 59, Resolução CNJ nº 75/2009).

Uma vez aprovado no concurso público e atendidos os requisitos legais, o novel magistrado é empossado no cargo na condição de juiz substituto, primeiro nível da carreira (artigo 2º, Resolução CNJ nº 75/2009), podendo, ao longo de sua vida funcional, ser promovido aos níveis superiores segundo os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente (artigo 93, II, Constituição Federal).

Contudo, o exercício da judicatura vai muito além de uma simples aprovação em concurso público. É fundamental que o magistrado esteja preparado para os diversos desafios da carreira, os quais exigem conhecimentos que transcendem as doutrinas jurídicas, as ementas jurisprudenciais e os textos normativos.

Vilela (2015) fala na formação multidisciplinar do juiz. Para o autor, juiz multidisciplinar é aquele cujo "(...) estudo de matérias extrajurídicas" está incluído em sua formação, "proporcionando-lhe um entendimento mais verdadeiro, completo da realidade" (VILELA, 2015, p. 15). Assuntos como eticidade, alteridade, comunicação com a imprensa, inclusão social, entre outros têm ganhado destaque nos cursos realizados pelas Escolas Judiciais.

Aliás, a formação do magistrado aperfeiçoa-se a partir de dois modelos, interdependentes e complementares. O primeiro ocorre no início da carreira, através do chamado curso de formação inicial, regulamentado pelas citadas Escolas Judiciais, com módulos nacionais e regionais/locais.

O segundo modelo se dá no decorrer da carreira, através dos cursos de formação continuada, constituindo exigência expressa do Código de Ética da Magistratura

(BRASIL, 2008) que “a obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais” (artigo 31).

Conhecimento e capacitação compreendem princípios básicos que norteiam a conduta ética do magistrado (artigo 1º, Código de Ética da Magistratura). Ser capacitado para a função significa reunir em si uma série de valores, postulados essenciais para uma boa conduta judicial.

Tanto é verdade que o Código de Ética da Magistratura, aprovado em 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assimilou os chamados “princípios de Bangalore para um comportamento ético da magistratura”³, tais como independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Portanto, não basta ao juiz ser tecnicamente capacitado. Evidente que a capacidade técnica e o conhecimento jurídico do juiz são essenciais ao bom exercício da judicatura. Nada obstante, o magistrado precisa apreender conteúdos extrajurídicos que ampliem a sua visão de mundo, permitindo uma maior inserção na gênese dos conflitos que soluciona, normalmente envoltos de complexidades sociais, econômicas e psicológicas não estudadas pelo Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, pode-se dizer que atuar de forma humanizada confere ao juiz a responsabilidade de levar em conta a dignidade do jurisdicionado, em todas as suas dimensões, interpretando e aplicando as normas jurídicas a partir deste conceito, ou seja, sem ignorar os valores éticos e princípios existenciais que regem a vida humana em sociedade.

Entretanto, ter uma atuação humanizada não quer dizer abandonar a lei em prol de um sentimento subjetivo de equidade. Ao juiz não é dada a função de legislar. No Brasil, esta tarefa fica precipuamente a cargo do Poder Legislativo. Ao juiz cabe interpretar e aplicar a lei, de forma a não deturbar o sentido e o alcance desejados pelo pacto constitucional.

Ativismos judiciais não expressam, necessariamente, uma atuação humanizada do juiz. O arquétipo do juiz ativo, colocado num papel de protagonista e retratado como único ente qualificado para definir aquilo que considera mais justo, ainda que contrário ao texto da lei, tem sido cada vez mais criticado.

O Poder Judiciário não pode, sob o pretexto de fazer justiça, ignorar a lei e a Constituição. Tal comportamento, por si só, já se configura injusto. O ativismo judicial não pode se pautar pelo conceito subjetivo do magistrado acerca dos contornos da justiça e da equidade, sob pena de substituirmos a vontade do legislador por um critério subjetivo do juiz, em manifesta usurpação de competências.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. 5. ed. São Paulo: UNB, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no DOU de 17/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 75 de 12 de maio de 2009. Republicada no DJE/CNJ nº 205/2011, de 07/11/2011, p. 2-18. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=10>> Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 159 de 12 de novembro de 2012. Publicada no DJE/CNJ nº 208, de 13/11/2012, p. 3-4. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=972> Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Código de Ética da Magistratura. Publicado no DJ, páginas 1 e 2, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo--de-etica-da-magistratura/>> Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números 2019: sumário executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>> Acesso em 22 jan. 2021.

CASSIRER, Ernst. Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

OST, François. Jupiter, Hercules, Hermes: três modelos de juízes. Revista Doxa, n. 14, Alicante (Espanha), 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federa de 1988. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 267-302.

SIDEKUM, Antônio. Alteridade e interculturalidade. In SIDEKUM, Antônio (org). Alteridade e multiculturalismo. Ijuí: Editora Unijuí, 2003. VILELA, Hugo Otávio Tavares. Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. O corpo fala: a linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 67a ed. São Paulo, Vozes, 2010.

CAPÍTULO 7

EMPREENDEDOR DA CULTURA E DA ECONOMIA CRIATIVA NO CONTEXTO DO DIREITO DIGITAL

ENTREPRENEUR OF CULTURE AND CREATIVE ECONOMY IN THE CONTEXT OF DIGITAL LAW

Filipe Ewerton Ribeiro Teles¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.7

¹ Pesquisador na área de Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos e Direito Internacional Público pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0641-2703>. E-mail: felipeteles125@gmail.com

RESUMO

Neste trabalho, trataremos sobre os pontos mais relevantes para o empreendedor da cultura e da economia criativa no contexto do direito digital. Partindo da Constituição Federal (CF/88), trataremos da Livre Iniciativa (empreendedorismo) e do Direito da Cultura, que se inter-relacionam dentro da atividade empreendedora como difusora, geradora de renda, empoderadora do(a) trabalhador(a) cultural e fomentadora da preservação da cultura. O objetivo é demonstrar os cuidados jurídicos que o empreendedor precisa ter, tais como formalização, tributação, contratos e principais pontos relacionados aos chamados Direitos Imateriais (direitos autorais, de imagem etc.), bem como algumas previsões sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Palavras-chave: Constituição Federal. Cultura. Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT

In this work, we will deal with the most relevant points for the entrepreneur of culture and the creative economy in the context of digital law. Starting from the Federal Constitution (CF/88), we will deal with Free Initiative (entrepreneurship) and Cultural Law, which interrelate within the entrepreneurial activity as a diffuser, income generator, and empowering the cultural worker and promoting the preservation of culture. The objective is to demonstrate the legal care that the entrepreneur needs to have, such as formalization, taxation, contracts and main points related to the so-called Immaterial Rights (copyright, image, etc.), as well as some predictions about the General Data Protection Law (LGPD).

Keywords: Federal Constitution. Culture. General Data Protection Law.

1 INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, é importante perceber que uma Constituição é uma Lei. Não uma Lei qualquer, mas a Lei que rege toda a estrutura das Leis de nosso país. A Constituição tem regras básicas para regular liberdades, direitos e limites do exercício da cidadania e dos poderes do Estado e das autoridades. É, por exemplo, na Constituição que se fundam Direitos como o da Livre Iniciativa (direito de empreender ou atuar empresarialmente em atividades econômicas), o Direito à/da Cultura (direito de ter acesso aos bens e serviços culturais, a forma que esses bens são fomentados e como se dá a preservação da cultura de um determinado país).

Na Constituição, o Direito à Livre Iniciativa (empreender economicamente) e mesmo a possibilidade de se associar para empreender estão previstos em diversos

artigos que tratam sobre a liberdade de associação, liberdade de atuação empresarial, expressão da atividade intelectual e o resguardo da imagem e da privacidade, além de objetivos como a redução de desigualdades econômicas regionais e a valorização das pequenas iniciativas.

Vamos listar alguns aqui, com destaques pontuais: Art. 1º inciso IV; Art. 5º incisos V, IX, X, XIII, XVII, XVIII, XX; Art. 170 incisos VII, VIII, IX e Parágrafo único. Como você poderá constatar nos exemplos destacados acima, a CF/88 tem previsões tratando da atividade empreendedora. Sem entrar muito no âmbito do que se conhece como Direito Econômico, o fato é que a CF/88 tem um modelo econômico e social, ou seja, ela possui regras gerais onde deverá se pautar o Legislador e o Executivo para, ativa ou passivamente, influenciar no alcance de objetivos previstos constitucionalmente.

É através do Direito Econômico que se estuda regras relativas à ordem econômica e social esperada e desenvolvida pela CF/88. Ele serve, portanto, para organizar a economia em prol de objetivos previstos na Constituição, por exemplo, o desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais, na tentativa de compatibilizá-las com outras disposições. Por outro lado, quando falamos dos tópicos da CF/88 que tratam da Cultura, identificamos uma estrutura chamada de Plano Nacional de Cultura.

O Sistema Nacional da Cultura (SNC) é, em especial, a maneira que a Constituição organiza esse Plano com previsões específicas de funções estatais para que a atividade cultural e a cultura em geral sejam preservadas, fomentadas, estimuladas e organizadas. Algumas disposições presentes na CF/88 sobre o tema são: Art. 4º Parágrafo único; Art. 23. inciso V; Art. 215. § 3º, incisos I, II, III, IV e V, Art. 216, incisos I, II e III, e § 3º e § 4º, o Art. 216-A e, por último, mas não menos importante, o artigo 219.

A CF/88 possui uma seção completa (artigo 215 ao artigo 216-A) destinada à regulação da Cultura, tendo ainda diversas previsões dispersas que ajudam a regular todo o contexto cultural. Não à toa o Brasil, com o imenso patrimônio cultural que possui, trouxe para a sua própria ordem constitucional elementos específicos vinculados às obrigações do Estado e de particulares.

Assim, guardar, fomentar, preservar e difundir cultura, são todas atividades garantidas e impostas aos agentes culturais públicos e privados. Podemos perceber uma ligação entre empreendedorismo e cultura, onde, de um lado, se garante o exercício digno da livre iniciativa e, de outro, a sua função no contexto da cultura nacional.

1.2 Difusão, preservação da cultura e empreendedorismo cultural no contexto das mídias digitais

Enquanto o Estado utiliza políticas públicas para promover o fomento, a preservação e acesso à Cultura, a livre iniciativa pode (e deve) se valer de posturas, seja relacionada à atividade típica, seja através da iniciativa empreendedora, para atuar como replicadora da cultura e geradora de renda.

A livre iniciativa é difusora da cultura, mesmo que estejamos falando de uma associação para produção de bordados regionais, um grupo de música típica, de um pequeno produtor musical ou, ainda, de um desenvolvedor de conteúdos digitais.

Todos esses são agentes culturais do ponto de vista da nossa constituição, sendo também pequenos empreendedores do ramo da cultura. O que seria então importante perceber sobre a atividade de um empreendedor?

O mais importante é perceber que existe uma natureza dupla do empreendedor da cultura, pois, se por um lado ele é um agente cultural que precisa ser estimulado como tal, por outro lado, ele é, sim, muitas das vezes um empreendedor. Essa atividade empreendedora obriga que o empreendedor da cultura obedeça a diversas regulações jurídicas que se relacionam ao Direito Empresarial, Direito Tributário, Direito do Consumidor e etc.

O agente cultural que exerce a livre iniciativa se enquadra nos termos legais como um fornecedor de bens e serviços e pode eventualmente atuar como uma empresa nas suas diversas modalidades.

O empreendedor da cultura ainda está sujeito a diversas regulações do ponto de vista de atuação. Um exemplo são atividades que podem ter alguma característica ambiental relevante e que precisam ser fiscalizadas pelo Poder Público, tal como geração de som, descarte de material potencialmente poluente etc.

As atividades culturais relativas às mídias digitais também estão sujeitas a regulações específicas, tais como a gestão adequada de Direitos Autorais, o cuidado com a gestão e a administração de dados pessoais. Aqui também temos diversas entidades, públicas e privadas, perante as quais é necessário manter algum aspecto de formalização e controle.

1.3 Regularização da atividade empreendedora

Regularizar juridicamente uma atividade econômica é, dentro do exercício da liberdade de iniciativa, uma necessidade para que haja a mínima expectativa de cum-

primimento de regras gerais. Essas regras evitam que o empreendedor possa atingir, por exemplo, direitos de consumidor ou deixar de recolher impostos, ou mesmo deixar de ser reconhecido como uma atividade que pode ser beneficiada por incentivos públicos.

Por outro lado, regularizar juridicamente uma atividade também permite ter expectativas de cumprimento de regras. Aqui falamos de contratos, uma garantia de cumprimento daquilo que foi acertado negocialmente ou de uma proposta de serviços ou, ainda, em uma compra e venda.

Em resumo, regularizar juridicamente uma atividade é considerar que o empreendedor cultural precisa respeitar regras jurídicas para o bem de toda a cadeia produtiva e de consumo. Isso, sem falar da importância que essa regularização tem para a preservação da própria cultura, pois, como falamos anteriormente, a sua atividade é parte fundamental da cultura de nosso país.

a) Formalização

Formalizar a sua atividade não é necessariamente abrir uma empresa, pois o tipo de formalização depende muito de qual tipo de atividade estamos tratando. Podemos, sim, falar de empresas, mas podemos também falar de associações, sociedades simples, sociedades cooperativas, de um empresário individual ou mesmo de um trabalhador autônomo.

Como dissemos, o tipo de atuação que você tem como empreendedor da cultura varia, por exemplo, se você faz parte de um coletivo de empreendedores, se você tem um sócio ou se você atua sozinho. A definição da sua situação e do tipo do seu empreendimento vai definir a melhor forma de constituir e formalizar a sua atividade, ou seja, cada caso é um caso.

Para você ter uma ideia geral dos tipos distintos de formalização, podemos traçar algumas linhas: a primeira linha básica está ligada ao fato de você atuar em uma atividade com ou sem fins lucrativos. Quando falamos de uma atuação sem fins lucrativos, estamos tratando normalmente de uma associação (como já explicamos) ou de uma fundação.

Ainda que não possamos falar, propriamente, que atuar através de uma associação seja uma forma de empreender, há, sim, muitos exemplos de agentes culturais que atuam através de associações. São diversos os casos de Associações culturais (associações de escritores, de cordelistas, de cinéfilos, por exemplo) que, geradoras de renda e emprego, promovem cursos, prestam serviços ou produzem e comercializam produtos.

O fato é que uma associação, ainda que não possa distribuir lucros, pode ser geradora de renda e, mais, pode, também, ser uma entidade que tem receita, desde que essa receita seja aplicada na própria associação e na execução de seus objetivos/finalidades estatutárias. Muitos dos clubes de esporte ou de bairro, institutos culturais, conselhos profissionais, entre outros, são organizados nesse modelo de associação.

Como falamos, uma sociedade é uma espécie do gênero associação. Para ser mais exato, uma sociedade é uma associação com fins lucrativos. Ter fins lucrativos é ter receitas e distribuir a diferença entre as receitas e as despesas na forma de lucros para os seus sócios. Mas entenda: uma sociedade pode ser ou não uma empresa.

Nós já vimos que para ser empresário uma pessoa precisa exercer uma atividade que a Lei qualifica como empresária (artigo 966 do Código Civil), logo uma sociedade de pessoas que praticam atividade empresarial é uma empresa.

Agora, se uma pessoa tem uma sociedade que não pratica uma atividade empresária, essa sociedade não é, tecnicamente, uma empresa, embora, no dia a dia, toda vez que nos referimos a uma sociedade, qualquer que seja a natureza dela, utilizamos o termo empresa. Por exemplo, “José e Augusto têm uma empresa de lanches” ou “Maria e Antônia têm uma empresa para venda de seu trabalho artístico”.

Nos dois exemplos, apenas o José e Augusto têm uma empresa, pois se trata de uma lanchonete que é, sim, uma atividade empresária. Já Maria e Antônia não são empresárias, porque, nos termos da Lei, elas têm uma atividade artística, portanto, não empresária. Na prática, a diferença pode ser um pouco mais complexa, mas é importante fixar bem o conceito de atividade empresária.

E como se dá uma relação de sociedade? Simples, através de um documento que chamamos de Contrato Social. Esse contrato é o documento, com validade jurídica e feito na forma e nos termos de Lei para regular a relação entre os sócios estruturando a sociedade e dando uma personalidade a esta sociedade. Esse é o segundo ponto importante, pois registrar um contrato e os demais documentos constitutivos (que variam do tipo de sociedade) nos órgãos responsáveis é o que vai formalizar a constituição da sua sociedade.

Quando falamos em formalizar uma atividade através da abertura de uma sociedade, essa abertura pode se dar em diversos locais, como um cartório de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial do Estado. Cada meio de formalização tem a sua característica e precisa estar ligado à natureza da sua atividade. Para esclarecer, na Junta Comercial, por exemplo, são registradas as empresas, ou seja, as sociedades (os con-

tratos de sociedade) que têm atividade empresária. Já o Cartório de Pessoas Jurídicas registra sociedades não empresárias.

É por essa razão que com a devida formalização uma “empresa” (veja aqui o uso cotidiano do termo) pode ter patrimônio, celebrar contratos, assumir obrigações perante terceiros e pode, ainda, cobrar as obrigações de terceiros. Formalizar uma atividade é sobretudo diferenciar você da sua atividade.

b) Tributação

Falar sobre tributação (geralmente impostos) é sempre um tema bem complicado. Primeiro, porque falarmos da obrigação de pagar uma quantia e um custo é sempre um problema adicional para qualquer empreendedor. Segundo, porque é um tema normalmente difícil para quem é empreendedor. Não é à toa que um dos principais e primeiros profissionais que contratamos para a nossa atividade profissional é o contador.

Quanto ao primeiro ponto, o fato é que, sim, um tributo (genericamente um “imposto”) é um valor pago para o Poder Público para que ele tenha receita e desempenhe a sua função. Assim como os princípios que listamos logo no começo do fascículo, o dever de pagar tributos está na CF/88. É notório que o senso comum, principalmente no Brasil, tem o imposto como uma obrigação que não tem a sua contrapartida pelo Poder Público. Assim, apenas para tentar ir um pouco além do senso comum, perguntamos: você já pensou que só pode “cobrar” do Poder Público melhorias para a vida dos cidadãos e das empresas porque você paga devidamente seus impostos? Seria legítimo cobrar ações do Poder Público se não houvesse impostos? Claro que essa discussão é mais política do que jurídica, mas é importante saber a razão pela qual existe o tributo e que foi necessária uma evolução jurídica para chegarmos nesse ponto em que estamos.

Todo o sistema tributário brasileiro é previsto pela CF/88. Mais do que isso, os impostos (tributos em geral) só podem existir se estiverem previstos na CF/88. Então, quando falamos da “sopa de letrinhas” como IR, ICMS, ISS, ITCMD, entre outros impostos, tratamos de tipos previstos na CF/88 (entre o art. 149 e o art. 162).

Vale destacar que também existe uma “competência tributária”, ou seja, cada um dos entes federais (estados, municípios e união) tem competências para instituir impostos. Por exemplo, o Imposto de Renda (IR) é instituído pela união, enquanto o famoso IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores) é pelos estados, e, por fim, o ISS (Imposto sobre Serviços) é um imposto instituído pelos municípios.

Essa complexidade de impostos, sem dúvida, é razão de desânimo, primeiro porque eles incidem em diversas atividades de modo diferente. Se você vai fazer uma venda de uma mercadoria ou produto, normalmente, está sujeito, além de outros tributos, ao ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços [de Telefonia e Energia Elétrica]), por outro lado, se você vai prestar um serviço, vai estar sujeito ao ISS. Perceba, cada tributo pertence a entes diferentes: o ICMS para o estado e o ISS para o município. Para aumentar a complexidade e a dificuldade, cada um dos entes públicos possui leis para cobrarem os tributos. Sim, uma infinidade de Leis diferentes.

Foi justamente por conta dessa dificuldade e, claro, da pressão da sociedade, que surgiu no ano de 1996 (e sofreu diversas alterações até hoje) o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, também denominado de Simples Nacional.

Basicamente o modelo do Simples Nacional é uma centralização daquela “sopa de letrinhas” a partir do pagamento do chamado Documento de Arrecadação do Simples, ou simplesmente, DAS. O valor desse imposto varia conforme tabelas anexadas na Lei Complementar nº 123 de 2006, em relação à quanto a sua atividade empreendedora faturou.

Nosso objetivo aqui não é o de tratar profundamente do sistema tributário brasileiro ou mesmo do Simples, mas é importante que você saiba ao menos a lógica por trás da ideia de pagar impostos. Como dissemos, um dos primeiros profissionais que contratamos para nossa atividade empreendedora é o contador. Ele(a) vai ajudá-lo(a) nessa organização dos tributos e em seus cálculos.

Entretanto, vale lembrar que embora esse contador(a) seja fundamental, a obrigação de pagar um imposto é de Lei. Assim, se você tiver alguma dúvida sobre a legalidade de um imposto, é também indicado contar com o auxílio e os conselhos de um(a) advogado(a), profissional que, além do(a) contador(a), vai poder dizer se um imposto é devido ou não para o seu caso.

c) Regulação

O Poder Público, enquanto não pode impedir que uma pessoa exerça sua atividade empreendedora naquilo que chamamos de liberdade de iniciativa, também tem responsabilidade por regular atividades. Esse poder vem de uma função de proteção e de manutenção da ordem, impedindo que você atinja a liberdade de outros.

O exemplo mais claro é o dos ruídos sonoros. Como sabemos, a maior parte dos municípios têm regras e regulamentos sobre a realização de eventos ou atividades. As atividades que geram ruídos incômodos à vida urbana precisam ser reguladas, com

horários e limites ao nível de barulho aceitável. O ato de fiscalizar é certificar a regularidade com o que é definido pelo Poder Público.

Claro que algumas outras atividades de regulação não dependem necessariamente de fiscalização, mas sim de uma “autorregulação” por parte do empreendedor, a fim de que ele não descumpra a Lei. Um tema atualmente muito relevante, principalmente para aqueles empreendedores que atuam no meio digital, é a gestão dos dados pessoais de seus usuários e consumidores.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é a norma que veio regulamentar a forma como as empresas e profissionais refinam, tratam e armazenam os dados das pessoas com as quais eles se relacionam. O objetivo principal é que seja regulado o uso econômico desses dados, preservando a personalidade, a imagem, a privacidade e a liberdade dessas pessoas. Como nos casos que citamos acima, essa Lei prevê também a criação de uma entidade denominada Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que é responsável pela fiscalização e pela elaboração de regras específicas para a proteção de dados no Brasil.

Entre algumas das funções da ANPD está a de elaborar regras, orientações e procedimento simplificados voltados às iniciativas de microempresas e empresas de pequeno porte para que todos possam se adaptar à LGPD. Então, muito provavelmente, em breve teremos regras bem definidas para que ninguém deixe de se atentar aos cuidados necessários com o tratamento de dados, principalmente se você é um micro ou pequeno empreendedor da cultura.

O único cuidado, desde já, é pensar a importância desse tema para atividades empreendedoras, em especial aquelas voltadas às mídias digitais. Para isso basta ter um pouco de atenção sempre que a sua atividade seja baseada na internet ou através de aplicativos. A parte mais importante se dá no caso em que o funcionamento da sua atividade exige dados de seus clientes. Aqui vale todo o tipo de dados, desde o nome, endereço e telefone, até a localização, comportamento no uso do aplicativo ou site e no rastreamento de visitas, função comumente realizada por coletores de dados.

Caso você não seja um expert, mas trabalhe dentro desse setor, é sempre bom perguntar para a pessoa que o auxilia na construção do seu site ou na operação de seu aplicativo se eles têm algum tipo de coletor de dados. É preciso que você logo de cara manifeste aos seus consumidores/usuários que dados coleta deles e qual é o uso que você faz (ou pretende fazer) desses dados. O documento que apresenta isso chama-se Política de Privacidade e Dados Pessoais. Se você procurar com atenção, vai perceber que todo o site da internet tem um desses. Por isso, é muito importante elaborar uma

Política de Privacidade e Dados Pessoais bem clara e segura quando se trabalhar com mídias digitais.

É fácil perceber que o tema da regulação é amplo. Esse ponto serve para que você tenha noção de que, embora haja a livre iniciativa, uma pessoa não pode simplesmente iniciar a sua atuação sem, ao menos, tomar o cuidado de saber se o Poder Público regula a atividade em questão.

1.4 Contratos

Os contratos servem para que as pessoas tenham uma expectativa de um comportamento. Um contrato é uma abstração, ou seja, um papel assinado com um monte de previsões não é necessariamente um contrato. Pode parecer um grande exagero, mas, sim, estamos celebrando e executando contratos o tempo todo em nossa vida. A liberdade de contratar é uma das bases da nossa vida moderna e é um dos princípios do Direito.

Celebramos e executamos contratos desde a hora que acordamos até a hora de dormir. Comprar pão na padaria todo dia de manhã é um contrato, chamado contrato de compra e venda (paga-se um preço e recebe-se um produto). Do mesmo modo, clicar no botão “aceito” nos termos de uso de um site é outra forma de celebrar um contrato. Enquanto comprar pão (contrato de compra e venda) é feito verbalmente, assinar os termos de uso com o botão “aceito” é por escrito, ou seja, um contrato mais formal.

No caso de venda de mercadorias, a situação é a mesma. Contratos que tenham em conta elementos com descrição do que será feito, o preço, a forma de pagamento, o prazo e condições gerais da relação entre você e o seu consumidor são sempre importantes. Veja o exemplo do pão comprado todo o dia de manhã. O contrato que você vai fazer para sua atividade empreendedora vai ser complexo à medida que a atividade for complexa. Contratos simples não precisam de várias páginas, podem até ser verbais.

Outro ponto importante está no fato de que as formas de contratar são inúmeras, ilimitadas e infinitas. É claro que, para celebrar um contrato temos regras específicas que devem ser retiradas do Código Civil. Mas, embora seja necessário ter em mente algumas regras e limites da Lei, dentro desses limites, um contrato pode ter qualquer conteúdo, esse é o princípio da Liberdade Contratual.

Poderíamos listar aqui uma infinidade de regras e conceitos técnicos para fazer um contrato fora daqueles tipos padrão (locação, compra e venda, empréstimo, cessão e um imenso etc.), mas isso não seria útil. O importante é termos em mente que

essa relação entre liberdade de “tipos” de contratos e regras específicas para todos os contratos se assemelha muito com fazer música. Sim, fazer música. Enquanto, em tese, estamos limitados às notas musicais, que são apenas 7, para fazer uma música, dentro das notas podemos ter infinitos arranjos. Com os contratos é semelhante, pois enquanto limitados às regras que regem os contratos, dentro dessas regras podemos fazer inúmeros tipos de contratos. A isso denominamos de liberdade de formas. Para alguns, é verdade, temos algumas regras mais rígidas, por exemplo, para vender ou comprar um imóvel.

A possibilidade de contratar profissionalmente já pode ser considerada um benefício aos empreendedores quando eles formalizam sua atuação através de uma “empresa”. Isso porque “empresas” (e não os empreendedores) adquirem a possibilidade de abrir contas em banco, fazer empréstimos e comprar bens e utensílios para suas atividades, tudo através de contratos. Uma outra forma muito importante de contratar é através de contratos que chamamos de continuativos, ou seja, relações duradoras no tempo. Lembra-se do contrato de acompanhamento com o(a) contador(a)? Esse é um contrato continuativo, pois vai durar por um longo tempo em que haverá pagamentos em troca de serviços contábeis.

Nessa modalidade se insere, inclusive, um contrato continuativo muito típico que é o contrato de trabalho, em que você contrata uma pessoa para prestar serviços sob a sua responsabilidade, com o cumprimento de um tempo de trabalho e uma remuneração. Por razão de proteção ao trabalhador, esse tipo de contrato não é regido pelo Código Civil, mas pela famosa Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT (Decreto Lei nº 5.452, de 1943). Se você pretende contratar alguém para a sua atividade é essa a lei que vai reger as “notas musicais” do seu contrato.

Seja o caso de um contrato de empréstimo, fornecimento, compra parcelada, prestação de serviços e até mesmo contratação de funcionário é necessário verificar os termos das obrigações/direitos que você, através da sua pessoa jurídica, assume/adquire. Cada contrato específico vai ter regras diferentes para organizar as relações entre as pessoas que contratam, e isso é uma coisa muito boa, pois garante que elas possam esperar o comportamento que está descrito no contrato.

O contrato, por fim, é aquele documento que nos garante que a outra parte cumpra aquilo acordado e que nele consta, perante um juiz ou não. Não é por outra razão que o contrato pode ser qualificado como título executivo. É com esse tipo de título que, no caso de uma parte não cumprir o que está no contrato, podemos pedir para o Poder Judiciário fazer o nosso Direito contratualmente previsto ser respeitado.

1.4 Propriedade intelectual e direito de imagem

O tema da Propriedade Intelectual e do Direito de Imagem é sem dúvida o mais presente na atividade daqueles que são empreendedores da cultura.

Quando falamos deles, estamos tratando de ativos circuláveis constantemente na cultura. Falamos de algum modo da circulação de Propriedade Intelectual, seja no caso de um produtor musical, de um artista de modo geral (dançarino, ator, pintor, escultor) ou de um apresentador, produtor de eventos ou de qualquer outro profissional que ofereça em mercado uma parte de uma “criação do espírito”, uma interpretação ou sua imagem.

O termo “criação do espírito” é, inclusive, um termo da Lei de Direitos Autorais (Lei nº. 9.610/98). Esse termo é importante principalmente para que possamos perceber que o Direito da Propriedade Intelectual é obviamente um Direito imaterial, ou seja, não tem materialidade, que não podemos nos apropriar dele fisicamente.

Por isso, foi muito importante falarmos anteriormente nos diversos tipos de contratos, já que, quando não temos algo material (lembra do contrato de compra e venda do pão?), é aconselhável ter um contrato tratando do modo como as pessoas podem usar e transferir o Direito. Claro que, mesmo que falemos de coisas materiais, como obras de arte ou artesanato, ainda sim estamos circulando algo de Propriedade Intelectual. Mais uma vez fica aqui a ressalva de que será mais ou menos necessário adotar um contrato dependendo da complexidade e da importância do que é o seu.

Por exemplo, embora um quadro seja algo material, ele possui simultaneamente duas naturezas, o objeto e a “criação do espírito”, que consiste no Direito Autoral. Quando compramos um quadro, adquirimos o direito de posse desse exemplar, não necessariamente tudo que compõe o Direito Autoral. Até porque uma parte desse Direito nem poderia ser transmitida. A mesma lógica se aplica a outros objetos de origem autoral.

Como dissemos, a mera possibilidade de circulação de algo imaterial ou, ainda, algo que tenha essa dupla natureza (aspecto material e imaterial) é um ponto fundamental para a preservação e difusão da cultura. Quando um artesão vende uma miniatura ao estilo de mestre Vitalino, não apenas ele está difundido aquele modo de representação, como também está vendendo uma criação de seu espírito.

Dentro da Propriedade Intelectual existem algumas espécies de Direitos divididos em dois grandes grupos: a Propriedade Industrial e os já referidos Direitos Autorais. O primeiro grupo (Propriedade Industrial) é composto por coisas como Marcas,

Patentes, Desenhos Industriais e etc., embora seja um grupo muito importante, não vamos nos aprofundar nesse tema. Como é possível observar o segundo grupo é muito mais importante para os empreendedores da cultura.

Sobre os Direitos Autorais, podemos traçar a distinção entre dois aspectos. O primeiro aspecto é a sua patrimonialidade, ou seja, existe um lado do Direito Autoral que é a possibilidade de constituir um ativo capaz e ser circulável economicamente. Com isso queremos dizer que os Direitos Autorais, assim chamados patrimoniais (melhor definidos como Direitos Patrimoniais de Autor), podem gerar ganhos financeiros, pois é direito exclusivo do autor usar, fruir e dispor de seu trabalho.

Mesmo um quadro de um artista que aparece em um filme ou em uma exposição, está ali sendo utilizado no plano da reprodução/exibição de um conteúdo autoral. Logo, quando você compra um quadro, uma escultura ou qualquer obra artística, você adquire apenas o exemplar dessa obra. A rigor, a utilização dessa obra incorporada como elemento principal em outros conteúdos precisa ser autorizada.

A circulação econômica está, mais uma vez, diretamente ligada à necessidade de regulação contratual. Por ser intangível nada mais necessário que contratualmente sejam regulados os modos de circulação desse ativo através de licenças (integrais ou parciais) ou cessões.

Basicamente a diferença entre a licença e a cessão é que a primeira é uma previsão contratual que autoriza, integral ou parcialmente, a utilização e a fruição de um Direito. Isso permite que a pessoa que adquire a licença (normalmente chamado “licenciado”) utilize o Direito Patrimonial, o ativo intelectual, da pessoa que é titular (normalmente chamado “licenciante”).

Essa operação não muda o titular do Direito Patrimonial de Autor, apenas permite que o licenciado utilize, em determinado contexto e situação, a obra do licenciante, que é o(a) autor(a). Vamos usar o conceito de licença mais adiante no caso de imagem.

A cessão, por outro lado, ocupa o lugar da transferência. Ela não se restringe a ser apenas uma autorização de uso, ao contrário, ela transmite todos os Direitos sobre a Obra. Assim, por meio do contrato de cessão, alguém cede os Direitos Patrimoniais de Autor (esse alguém é o Cedente) para outro alguém que se torna titular dos Direitos Patrimoniais de Autor (esse alguém é o Cessionário).

É claro que esses contratos podem receber diversas outras cláusulas e previsões como a limitação de não produzir obras similares ou a obrigação de produzir obras similares (pense, por exemplo, no caso de um roteirista que, ao licenciar ou ceder seus Direitos Patrimoniais de Autor, se obriga a fazer as demais temporadas de uma série).

Enfim, como dissemos, trata-se do exercício da liberdade contratual. Todo contrato envolvendo Direitos Autorais deve prever cláusulas e condições de como deve ser o uso da obra: por quanto tempo, se gratuito ou oneroso, em que território, para quais usos, em que mídias, e assim por diante.

São também parte da expressão do Direito Patrimonial de Autor o que chamamos de Direitos Conexos. Esses Direitos, também patrimoniais (circuláveis e passíveis de serem objeto de contratualização), tratam de Direitos de pessoas que, de alguma forma, contribuem para o resultado da construção, difusão ou constituição de obras coletivas. Esse é um dos pontos mais importantes para os empreendedores da cultura.

Falamos de Direitos Conexos de Autor quando tratamos, por exemplo, de instrumentistas de uma banda, de atores e de outros participantes das obras coletivas que tenham contribuído de modo expressivo com sua “criação do espírito” para a obra.

Um caso típico que mostra a importância de ter devidamente regulado esse tipo de contratação (cessão ou licença) é o caso de grandes produções artísticas, como os filmes. É extremamente comum que, nesses casos, as assessorias jurídicas dividam os contratos de cada um dos prestadores de serviços entre contratos chamados “criativos” e “não criativos”. Nos contratos “criativos”, onde se incluem as atividades que tenham alguma cessão ou licença de Direitos Patrimoniais de Autor, constam cláusulas nesse sentido.

Para além dos Direitos Patrimoniais de Autor, há também um outro aspecto dos Direitos Autorais, trata-se dos Direitos Morais de Autor. Esse aspecto está ligado à personalidade, em outras palavras, é uma decorrência da chamada “criação do espírito”, que, de alguma forma, imprime uma parte da pessoa do criador em suas criações.

Esses Direitos Morais de Autor, portanto, não estão ligados à possibilidade de uma circulação, eles seguem a obra e, por isso, precisam ser respeitados independentemente de haver a circulação dos Direitos Patrimoniais de Autor.

Fazem parte dos Direitos Morais de Autor todos aqueles Direitos vinculados à pessoa e, literalmente, a sua moral. Passa por essa esfera de Direitos, por exemplo, o Direito que um autor tem à integridade de sua obra, que ela seja preservada ou ainda exigir que seja atribuída a sua autoria a uma obra.

Um detalhe importante é que, ao contrário dos Direitos Patrimoniais de Autor, os Direitos Morais de Autor não podem ser transmitidos. Essa impossibilidade de transmissão tem base no Código Civil (Lei nº. 10.406/2002, Artigo 11). Em outras palavras, como modo de limitar que as pessoas diminuam as suas personalidades, a Lei proíbe que se transmitam direitos diretamente ligados a ela. Ao longo de todo esse fascículo,

quando falamos sobre celebrar contratos ou exercer a livre iniciativa ou, ainda, produzir “criações do espírito”, estamos basicamente falando de expressões da personalidade jurídica.

Aqui, é necessário destacar, paradoxalmente, o mais “explorado” dos Direitos de Personalidade. Trata-se do Direito de Imagem. Em primeiro lugar, o Direito de Imagem não pode ser simplesmente compreendido como a imagem de alguém, ele é mais do que isso. O Direito de Imagem compõe o reconhecimento de uma pessoa no mundo, por isso quando falamos do Direito de Imagem, falamos do Nome, da Voz, da Palavra, da constituição corporal, entre outros aspectos.

O uso da imagem depende de autorização, normalmente qualificada como licença. Vale perceber que esse licenciamento é o meio pelo qual o titular da “imagem” autoriza que o titular de uma obra a incorpore ao seu conteúdo. Isso permite que você possa filmar, gravar a voz, usar o nome etc. Existem algumas exceções para essa limitação ao uso da imagem. Por exemplo, quando retratamos lugares públicos e multidões ou quando o registro da imagem se dá para fins jornalísticos.

Como é possível identificar, a própria complexidade dos diversos contratos que vão regular a cessão, licença e outras relações estabelecidas dentro do âmbito da Propriedade Intelectual e dos Direitos de Imagem exige cuidado, seja em um canal dentro de uma rede social ou em um conteúdo disponibilizado on-line. Como se tratam de Direitos vinculados a aspectos muito estritos à expressão humana, a Propriedade Intelectual e os Direitos de Imagem têm um resguardo jurídico muito forte. Assim, não é raro que o uso indevido desses Direitos possa ter como consequências medidas muito sérias de seus titulares, chegando até mesmo ao recolhimento ou obstrução da divulgação dessas obras.

2 METODOLOGIA

No que tange às ferramentas metodológicas, aponta-se que as pesquisas se embasaram principalmente em artigos científicos — periódicos —, livros e reportagens visando fundamentar o método da ciência jurídica.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A atividade empreendedora na cultura depende de muita atenção. Essa atenção precisa estar equilibrada com a responsabilidade e o compromisso com a difusão, preservação, e fomento cultural. Uma parte dessa responsabilidade passa pelos cuidados jurídicos que apresentamos aqui. O exercício regular, formal e cuidadoso da atividade empreendedora da cultura vai fortalecer e garantir as suas expectativas no mercado, evitando muitos problemas e conferindo muito mais segurança.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, as dificuldades e os riscos associados aos empreendimentos culturais fizeram com que as organizações ou grupos de artistas se habituassem à prática de garantir antecipadamente a cobertura de seus custos de produção por meio de recursos públicos diretos ou de patrocínios incentivados. Com isso, pouca importância tem sido atribuída ao desenvolvimento de competências necessárias para gerir o empreendimento de um modo que gere um fluxo de receitas constante e autônomo, visando sustentação nos médio e longo prazos.

Há, no entanto, uma parte do setor cultural que está voltada para a geração de renda e de trabalho. Para esses grupos, eficiência administrativa, comercial e mercadológica torna-se imperioso, tanto mais que as tentativas de reproduzir modelos de empresas de outros setores não têm dado certo no setor cultural, o que é demonstrado pela vida curta de boa parte dos grupos, associações e cooperativas culturais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal, 1988;

___, Lei Complementar nº. 123/2006, Simples Nacional e outras Disposições, 2006;

___, Lei nº. 9.610/1998, Lei de Direitos Autorais;

IKEDA, Marcelo. Leis de Incentivo para o Audiovisual. Ed. Wset Multimídia, 2013.

___, Lei nº. 10.406/2002, Código Civil, 2002;

___, Lei nº. 13.019/2014, Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, 2014;

___, Lei nº. 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados, 2018;

___, Decreto Lei nº. 5.452/1943, Consolidação das Leis do Trabalho, 1943;

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de autor como direito da cultura. In: Num novo mundo do direito de autor (II congresso ibero-americano de direito de autor e direitos conexos). Tomo II, Lisboa: Edições Cosmos / Livraria Arco Íris, 1994. p.1053-1060.

COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: direito de empresa. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª, 2011;

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997;

Portal Instituto de Direito Economia Criativa e Artes www.institutodea.com, acessado em 05 de outubro de 2020;

Portal Sebrae www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae, acessado em 02 de outubro de 2020;

Portal do Empreendedor www.portaldoempreendedor.gov.br, acessado em 03 de outubro de 2020.



CAPÍTULO 8

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: DESAFIOS E ATRIBUIÇÕES

THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: CHALLENGES AND ASSIGNMENTS

Filipe Ewerton Ribeiro Teles¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.8

¹ Pesquisador na área de Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos e Direito Internacional Público pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0641-2703>. E-mail: felipeteles125@gmail.com

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo explicar os desafios e atribuições do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Como uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, tem por missão desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social. Como visão de futuro, ser reconhecido como órgão de excelência em planejamento estratégico, governança e gestão judiciária, a impulsionar a efetividade da Justiça brasileira.

Palavras-chave: Judiciário. Efetividade. Transparência.

ABSTRACT

This work aims to explain the challenges and attributions of the National Council of Justice (CNJ). As a public institution that aims to improve the work of the Brazilian judicial system, especially with regard to administrative and procedural control and transparency, its mission is to develop judicial policies that promote the effectiveness and unity of the Judiciary, oriented towards the values of justice and social peace. As a vision of the future, to be recognized as an organ of excellence in strategic planning, governance and judicial management, boosting the effectiveness of Brazilian Justice.

Keywords: Judiciary. Effectiveness. Transparency.

1 INTRODUÇÃO

A função jurisdicional, tipicamente atribuída ao Poder Judiciário, representa condição à garantia dos preceitos constantes na Constituição da República de 1988, em especial, aos direitos fundamentais. A correta e efetiva aplicação das garantias constitucionais voltadas ao acesso à justiça é um pressuposto à concretização da própria dignidade da pessoa humana, preceito essencial da ordem constitucional em vigor.

Nesse ensejo, impende destacar que o efetivo exercício da jurisdição pressupõe não apenas a mera resposta do Poder Judiciário ao jurisdicionado. Para que seja cumprido o dever constitucional atribuído a essa função, a referida resposta deve ser conferida em tempo razoável, com o máximo de celeridade possível. Exige-se, ainda, a redução, senão a eliminação, de eventuais obstáculos que prejudiquem o acesso dos indivíduos à justiça.

Tais premissas fazem referência aos preceitos do acesso à justiça e da razoável duração do processo, bem como ao próprio princípio da eficiência, cuja aplicação diz respeito às atividades relacionadas ao poder público como um todo.

Nesse contexto, é fácil perceber que uma atuação do Poder Judiciário eivada de morosidade, ineficácia e desorganização, com uma resposta ao jurisdicionado dificultada por obstáculos burocráticos ou até mesmo por arbitrariedades e ilegalidades em geral é inadmissível na atual ordem constitucional. Incorre, inevitavelmente, em violação ao direito de proteção judiciária e, em última análise, à própria dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 afirma, categoricamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, apresentando expressa previsão da inafastabilidade da jurisdição e do direito a uma efetiva tutela jurisdicional, para cuja consagração são apresentadas diversas ferramentas traduzidas nas garantias processuais constitucionais e legais.

Dentre as supracitadas ferramentas, é possível verificar o preceito da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição. Conforme previsão da citada norma, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Esse dispositivo foi incluído no corpo constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, como um dos instrumentos essenciais à Reforma do Judiciário.

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais (MENDES 2009, p. 546).

O excerto exposto ressalta a necessidade de atuação direta e contundente do Poder Público no sentido de concretizar os meios necessários e eficazes para a adequada instrumentalização do Poder Judiciário, promovendo estratégias e políticas públicas aptas a garantir produtividade e lisura na prestação jurisdicional.

Foi visando à concretização das ideias ora expostas que teve lugar a chamada Reforma do Poder Judiciário, implementada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

É importante destacar que, inobstante a concretização dessa “reforma” haver se dado anos após a promulgação da atual Constituição, a discussão acerca da necessidade de se instituírem medidas aptas à otimização do Poder Judiciário brasileiro e ao exercício de sua respectiva função já existia na década de 1970. Diálogos entre o Supremo Tribunal Federal e o então Presidente da República Ernesto Geisel já eram traçados com esse objetivo, procedendo a referida Corte a uma apuração de informações e dados no intuito de permitir uma análise aprofundada da situação.

Os estudos relativos à necessidade de ampla reforma do Judiciário brasileiro movimentaram juízes, representantes do Ministério Público e advogados. Os previsíveis resultados indicaram uma Justiça extremamente morosa e cara aos cofres públicos, com entraves logísticos aptos a criar obstáculos ao adequado acesso à Justiça pelo jurisdicionado.

Como resposta aos referidos problemas, foi aprovada, no ano de 2004, a Emenda Constitucional nº 45, no intuito de se incorporarem à ordem constitucional diretrizes e medidas que possibilitassem o adequado exercício da função jurisdicional no país, otimizando-a e corrigindo determinados vícios e problemas.

A necessidade de reorganização e de otimização da administração da Justiça brasileira era evidente, com destaque para a modernização da estrutura, a criação de instrumentos que estimulassem a produtividade e a fiscalização da atuação dos magistrados e de servidores do Poder Judiciário. Outro fator de especial importância foi o fortalecimento da transparência pública, permitindo à sociedade acompanhar a prestação e o desenvolvimento da função jurisdicional no país de forma mais aprofundada.

A fiscalização do exercício da função jurisdicional mostrou-se um dos elementos mais importantes da reforma, considerando que, dentre os Poderes da República, o Judiciário era único que não detinha esse tipo de acompanhamento. O Executivo era fiscalizado pelo Legislativo, e este, pelo povo, estando os atos desses dois poderes submetidos ao controle jurisdicional de legalidade e constitucionalidade. A atuação do Poder Judiciário, por sua vez, não era submetida a um efetivo controle.

No entanto, para que seja possível a concretização do ideal de Justiça, a lisura e a moralidade no exercício da jurisdição são imprescindíveis. A adequada apreciação das demandas apresentadas ao Judiciário depende não apenas do preparo técnico dos magistrados, mas da independência destes e de sua atuação conforme princípios éticos e morais.

Nesse contexto, a EC nº 45/2004 resultou na criação de diversas ferramentas de otimização da função jurisdicional no país, com destaque para positivação da garantia

da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII); a previsão da Justiça itinerante; a criação do Conselho Nacional de Justiça e a previsão de controle da atuação do Ministério Público por meio do Conselho próprio; a criação do instituto da repercussão geral como requisito para admissibilidade dos recursos extraordinários, representando um filtro recursal para as questões constitucionais submetidas à Suprema Corte; dentre outras novidades.

1.1 Criação do conselho nacional de justiça

Historicamente, havia, na Constituição Federal de 1967, a previsão de um Conselho Nacional da Magistratura, formado por sete ministros do Supremo Tribunal Federal e dotado funções de fiscalização de atos dos magistrados. O advento da Constituição de 1988 aboliu o Conselho Nacional da Magistratura, deixando a cargo dos respectivos Tribunais as atividades correicionais relativas aos magistrados que lhes eram vinculados.

Com a Reforma do Judiciário, trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, o qual foi instalado em 14 de junho de 2005. O CNJ é o órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário brasileiro, bem como pelo cumprimento, pelos juízes, de seus deveres funcionais.

Após a entrada em vigor na EC Nº 45/2004, a Associação dos Magistrados do Brasil suscitou, por meio da Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 3.367 do Distrito Federal, a inconstitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, argumentando-se uma possível violação ao pacto federativo. O Supremo Tribunal, entretanto, rejeitou a tese, fundamentando a decisão no fato de que o CNJ integra o próprio Poder Judiciário, na qualidade de órgão administrativo deste, não realizando, portanto, controle externo propriamente dito.

O Conselho Nacional de Justiça é composto por quinze membros, com mandato de dois anos de duração, admitindo-se uma única recondução. A formação do Conselho está prevista no artigo 103-B da Constituição da República, na seguinte forma:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

O Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tri-

bunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

É possível verificar, portanto, que o CNJ não é composto unicamente por membros do Poder Judiciário. É integrado, ainda, por advogados e cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, bem como por representante do Ministério Público. Dessa forma, há, no Conselho, representação de funções essenciais à Justiça e da própria sociedade, o que permite maior imparcialidade no controle da Justiça brasileira.

Na redação original da EC nº 45/2004, eram previstas restrições de idade para os membros do CNJ, fixando-se os limites mínimo e máximo de 35 (trinta e cinco) e 66 (sessenta e seis) anos de idade, respectivamente. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 61, de 11 de novembro de 2009, aboliu tais limites.

A presidência do Conselho fica a cargo do Presidente do Supremo Tribunal Federal (cargo atualmente ocupado pelo Ministro José Antonio Dias Toffoli), que tem cadeira cativa entre os membros do CNJ. Em caso de ausência ou impedimento do Presidente, assume a referida função o Vice-Presidente da Suprema Corte.

Quanto aos demais membros, conforme previsão do §2º do artigo 103-B, eles serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Caso as indicações para tais cargos não sejam efetuadas no prazo legal, a escolha caberá ao Supremo Tribunal Federal, segundo a norma prevista no §3º do artigo 103-B.

A função de Corregedor Nacional é desempenhada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça integrante do Conselho (atualmente, o Ministro Humberto Martins), o qual ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal. Suas atribuições estão previstas no Estatuto da Magistratura, bem como no §5º do artigo 103-B da Constituição.

A Constituição de 1988 prevê, ainda, a atuação do Procurador-Geral da República e da Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Conselho Nacional de Justiça, com o

objetivo comum de concretizar as finalidades almejadas pelo órgão, sempre no intuito de aprimorar a máquina jurisdicional.

Para facilitar a concretização do referido objetivo comum e aproximar a sociedade da administração da Justiça, há previsão constitucional de criação de ouvidorias de justiça pela União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, às quais competem o recebimento de reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário ou seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

1.2 Atribuições

O Conselho Nacional de Justiça, como órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, representa uma das ferramentas-chave trazidas pela Reforma do Judiciário para a concretização dos princípios da transparência, da moralidade e da efetividade no âmbito da Justiça nacional.

No exercício de suas atribuições, o CNJ visa garantir a autonomia do Poder Judiciário e o adequado cumprimento das normas constantes no Estatuto da Magistratura. Para tanto, ao Conselho é conferida competência para editar atos regulamentares e recomendar providências, além de ter função correicional em relação aos magistrados.

As atribuições do Conselho estão previstas no artigo 103-B, §4º, da Constituição da República de 1988, cuja norma assim dispõe:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; elaborar relatório anual, pro-

pondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Na execução das funções que lhe competem, o CNJ desenvolve e coordena determinados programas de âmbito nacional, os quais priorizam áreas como Gestão Institucional, Meio Ambiente, Tecnologia e Direitos Humanos. Referidos programas são voltados especialmente para a efetivação da transparência na gestão da Justiça e para o estímulo à produtividade e à adequada aplicação da legislação, sempre no intuito de “desafogar” o Judiciário e promover a celeridade. São exemplos deles as Metas do Judiciário, Lei Maria da Penha, Conciliação e Mediação, Justiça Aberta, Justiça em Números, Audiências de Custódia e Processo Judicial eletrônico.

O esclarecimento e a explanação de suas funções são realizados pelo próprio Conselho em seu sítio eletrônico, no qual se descreve a atuação do órgão, voltada para transparência e controle, da seguinte forma (grifo nosso):

Na Política Judiciária: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações.

Na Gestão: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário.

Na Prestação de Serviços ao Cidadão: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado.

Na Moralidade: julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas.

Na Eficiência dos Serviços Judiciais: melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.

É importante destacar que o Supremo Tribunal Federal não se inclui no âmbito de fiscalização pelo CNJ, haja vista que os atos deste se submetem ao controle judicial realizado pela Corte. Conforme previsão do artigo 102, inciso I, alínea “r”, da Constituição da República, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, dentre outras atribuições, processar e julgar ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

Ressalte-se, ainda, que o CNJ não exerce função jurisdicional. Suas atribuições estão restritas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos da Justiça a ele submetidos, configurando, assim, um órgão meramente administrativo da estrutura do Poder Judiciário.

A atuação do CNJ é, portanto, sempre voltada ao aprimoramento do exercício da jurisdição no país e da adequada aplicação das leis. Para tanto, o órgão elabora e promove políticas de estímulo à conciliação e à mediação, incentiva a não judicialização de conflitos; estimula a virtualização de processos; dentre outras medidas no intuito de concretizar, da melhor forma possível, o preceito da razoável duração processual.

O intuito de suas ações é o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro, com enfoque para o controle e a transparência administrativa e processual, o que é feito por meio de políticas judiciárias que visem à efetividade e à unidade do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de um órgão de planejamento estratégico, governança e gestão judiciária, cujo objetivo precípua é impulsionar a efetividade da Justiça brasileira.

1.3 Justiça em números

Uma função de destaque do Conselho Nacional de Justiça reside na elaboração anual de um relatório formado por dados estatísticos relacionados ao Poder Judiciário nacional, apresentando um panorama deste. Esse trabalho representa importante ferramenta na concretização da transparência pública da Justiça brasileira, aproximando-a do jurisdicionado, destinatário final dos serviços a esta relacionados.

O documento chamado “Justiça em Números” traduz um relatório elaborado com frequência anual, no qual são apresentados indicadores de desempenho, produtividade e informatização dos Tribunais nacionais, bem como informações acerca dos gastos da máquina judiciária. Na apresentação do Relatório de 2019, o Ministro Dias Toffoli efetua os seguintes destaques:

Este relatório mostra que, pela primeira vez na última década, houve redução dos casos pendentes, contrariando a tendência que vinha sendo observada ao longo dos últimos anos. Em outras palavras, o resultado indica que o Poder Judiciário brasileiro conseguiu vencer a barreira de julgar apenas o número de ações equivalente às ingressadas, deu um salto na produtividade e avançou para a diminuição do estoque de processos.

Sobre a importância e a contribuição dos estudos e análises relacionados ao relatório, continua a dissertar o Ministro Presidente do CNJ:

Sem o compromisso sério e contínuo com a produção de dados estatísticos acerca do funcionamento do Poder Judiciário não seria possível, contudo, celebrar esses resultados. A consolidação e a sistematização das informações dos 90 tribunais brasileiros como mecanismo de gestão e transparência permitem que o Judiciário possa traçar suas metas com maior precisão e desenvolver seu planejamento estratégico com base em dados seguros, ajustando os rumos sempre que preciso, a partir da identificação de gargalos e de pontos de eficiência.

É possível concluir que, além de conferir transparência, permitindo à sociedade o conhecimento acerca do funcionamento e do desempenho do Poder Público no exercício da função jurisdicional, o trabalho executado na elaboração do relatório “Justiça em Números” pelo CNJ traz, à própria administração da Justiça, as informações necessárias para a gestão e o aprimoramento desta, direcionando-a na formulação de políticas públicas voltadas para a otimização do Judiciário.

Assim, dada a suma relevância desempenhada pelo Conselho Nacional de Justiça ante ao Poder Judiciário brasileiro, esse órgão, em sua atribuição legal de dar transparência e publicidade às informações relativas à atuação dos tribunais pátrios, atua continuamente na sistematização das estatísticas judiciárias nacionais, visando ao aprimoramento jurídico.

Tamanho objetivo é indiscutivelmente amplo e abrange aspectos relativos à estrutura judiciária, à localização das unidades judiciárias, aos recursos humanos e financeiros e à movimentação processual. É sabido que na prestação jurisdicional encontra-se a atividade-fim do Poder Judiciário, daí o foco principal do trabalho do próprio CNJ.

Dentre essas metas prioritárias que visam a incrementação do Judiciário brasileiro, inúmeras políticas nacionais são desenvolvidas pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, a exemplo da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, instituída pela Resolução CNJ nº. 194 com o objetivo de estruturar e implementar medidas concretas e permanentes com vistas à melhoria dos serviços judiciários prestados pela primeira instância dos tribunais brasileiros.

Para, além disso, o Conselho Nacional de Justiça guia toda a sua atuação, como órgão de controle do Poder Judiciário, por dois pilares, quais sejam, a função correicional e a função de planejamento central e gestão do Poder Judiciário, razões pelas quais inúmeras metas, planos estratégicos, normas e orientações são anualmente desenvolvidas e atualizadas com o fito de melhorar a gestão e planejamento do Poder Judiciário Nacional.

Frutos dessa atuação são as metas nacionais 2020, aprovadas no XIII encontro nacional do Poder Judiciário, onde os presidentes ou representantes dos tribunais do país, reunidos em Maceió/AL, nos dias 25 e 26 de novembro de 2019, aprovaram as seguintes Metas Nacionais para o Judiciário Brasileiro alcançar em 2020:

Meta 1 – Julgar mais processos que os distribuídos (todos os segmentos);

Meta 2 – Julgar processos mais antigos (todos os segmentos);

Meta 3 – Estimular a conciliação (Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho);

Meta 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos aos crimes contra a Administração Pública, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União e dos Estados);

Meta 5 – Impulsionar processos à execução (Justiça Federal e Justiça do Trabalho);

Meta 6 – Priorizar o julgamento das ações coletivas (STJ, TST, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho);

Meta 7 – Priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos (STJ e Justiça do Trabalho);

Meta 8 – Priorizar o julgamento dos processos relacionados ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra as mulheres (Justiça Estadual);

Meta 9 – Integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados);

Meta 10 – Promover a saúde de magistrados e servidores (Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados);

Meta 11 – Promover os direitos da criança e do adolescente (Justiça do Trabalho);

Meta 12 – Impulsionar os processos relacionados com obras públicas paralisadas (Justiça Federal e Justiça Estadual).

É indiscutível que tais estratégias buscam fortalecer o Estado Democrático e fomentar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional, reconhecendo, portanto, o Poder Judiciário como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social. Logo, é missão precípua do CNJ, através da adoção de tais premissas estratégicas para todo o Judiciário, contribuir para incremen-

tar a credibilidade deste Poder, reforçando seu papel célere, acessível, responsável, imparcial, efetivo e justo, que busca o ideal democrático e promove a paz social, garantindo o exercício pleno dos direitos de cidadania.

Imbuído deste espírito é que o CNJ editou a Resolução nº 198 de 2014, dispondo sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário, instituindo a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2015/2020 – aplicada aos Tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal e aos Conselhos de Justiça.

Por força da Resolução nº 198, macrodesafios foram elencados ao Poder Judiciário, tais como: a efetividade na prestação jurisdicional, a garantia dos direitos de cidadania, o combate à corrupção e à improbidade administrativa, a celeridade e produtividade na prestação jurisdicional, a adoção de soluções alternativas de conflito, a gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes, dentre outras. Para tanto, restou nítido que para garantir a efetividade na prestação jurisdicional o CNJ deveria trabalhar para concretizar um cenário desejado, ou seja, aquele onde a Justiça é acessível, descongestionada e tempestiva; há probidade pública; há valorização profissional; melhoria da qualidade do gasto público e a maior racionalização do sistema judicial brasileiro.

Tal desafio exige que toda a governança do setor público existente no Poder Judiciário seja repensada, razão pela qual o CNJ atentamente adota o Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública (TCU), onde resta explanado que a governança no setor público refere-se aos mecanismos de avaliação, direção e monitoramento, e às interações entre estruturas, processos e tradições, as quais determinam como cidadãos e outras partes interessadas são ouvidos, como as decisões são tomadas e como o poder e as responsabilidades são exercidos. Assim, o CNJ busca aplicar esses mecanismos com enfoque na utilização do capital humano pelas organizações. Segundo o TCU, com base no art. 2º, II, da Resolução TCU nº 247/2011, pode-se entender governança de pessoas como o conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam a assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão de pessoas estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça realiza inspeções e correções em unidades judiciárias e administrativas, bem como em cartórios extrajudiciais. O resultado dessas visitas e reuniões compõe relatórios que apresentam as deficiências e as boas práticas encontradas, além de recomendações às unidades para melhorar seu desempenho.

São realizadas inspeções para “apuração de fatos relacionados ao conhecimento e à verificação do funcionamento dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, havendo ou não evidências de irregularidades” (artigo 48 do Regimento Interno do CNJ).

Já as correções têm como finalidade “apuração de fatos determinados relacionados a deficiências graves dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro” (artigo 54 do Regimento Interno do CNJ).

Os procedimentos de fiscalização podem contar com o apoio de servidores e magistrados de Tribunais e de técnicos de órgãos como Controladoria Geral da União, Receita Federal, COAF e tribunais de contas.

Em alguns casos, a Corregedoria Nacional instaura sindicância investigativa para aprofundar fatos graves apontados em relatório de inspeção ou correção.

Tais correções geram relatórios que apontam, inclusive, boas práticas adotadas pelos Tribunais inspecionados, vez que a disseminação das boas práticas vem ao encontro do esforço para o nivelamento positivo do Poder Judiciário no Brasil. Facilitação do acesso à prestação jurisdicional, redução de custos e morosidade, criação da cultura de mediação e conciliação, são linhas diretas de boas práticas orientadoras de experiências exitosas que devem ser compartilhadas.

A título exemplificativo, Conselho Nacional de Justiça constatou, no relatório judicial anual de 2009, a boa prática da inspeção *in loco* praticada na Comarca de Barbalha/CE, nos casos de agricultoras que requeriam o salário-maternidade. Em razão das visitas realizadas, o magistrado encontrou vários casos em que as mães não eram agricultoras. Com a iniciativa, o CNJ constatou que houve várias desistências de requerimentos que aparentemente eram fraudulentos.

Considerando a Meta 4 do CNJ, recomenda-se ao Tribunal de Justiça a criação de sistema de alerta para as demandas que versem sobre ações de improbidade, nos moldes existentes para os processos que tratem de questões relacionadas a idosos e menores;

Tendo em vista não existir, no sistema informatizado utilizado no âmbito do Tribunal de Justiça funcionalidade que monitore e alerte preventivamente os usuários quando do decurso de prazo em situações como a de processos com carga para o Ministério Público, Defensoria Pública e advogados, recomenda-se que seja desenvolvida e implantada;

Aperfeiçoe ou oriente os servidores na adequada utilização do sistema quanto às recomendações acima delineadas, mormente quanto à Resolução n. 112, CNJ, bem como quanto à adoção de fluxogramas de modelos de decisões”.

Tamanho esforço termina por trazer frutos generosos à população jurisdicionada, tendo em vista que, conforme o Relatório CNJ em números – 2018, o (...) número de unidades judiciárias no primeiro grau reduziu em 514 varas e juizados especiais no ano de 2018 devido, principalmente, ao novo zoneamento na Justiça Eleitoral e à reestruturação realizada nos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul, atingindo 14.877 unidades judiciárias.

Ademais, restou constatado que dos 5.570 municípios brasileiros, 2.702 (48,5%) são sedes de comarca na Justiça Estadual. Todavia, o Relatório pontuou ainda que:

Apesar de as comarcas estarem situadas em um pouco menos da metade dos municípios brasileiros, elas abrangem 90,3% da população residente. Existem 588 municípios brasileiros localizados em região de fronteira, dos quais 258 (43,9%) são sede de comarca estadual.

Com relação às despesas totais do Poder Judiciário, estas somaram R\$ 93,7 bilhões, o que representou decréscimo de 0,4% em relação ao último ano (2017). Esse decréscimo foi ocasionado, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas com capital (-8,8%). As despesas com recursos humanos permaneceram próximas às do ano anterior.

Por seu turno, o estoque processual diminuiu em mais de um milhão de processos nos últimos dois anos (-1,4%). Esse resultado foi extremamente positivo, pois, até 2016, o aumento do acervo era recorrente. Em 2017 houve estabilização do estoque, culminando com a queda verificada em 2018. Os dados são reflexo do aumento no total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2018, além da redução dos casos novos. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda no ano de 2018 foi de 113,7%, ou seja, foram solucionados 13,7% processos a mais que os ingressados. Cabe pontuar que tal resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve sua produtividade, em que pese a redução de 861 mil novos processos, ocasionando queda, somente neste segmento de justiça, de 656 mil casos pendentes.

2 METODOLOGIA

No que tange às ferramentas metodológicas, aponta-se que as pesquisas se embasaram principalmente em artigos científicos – periódicos –, livros e reportagens visando fundamentar o método da ciência jurídica.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Desta feita, além de tantas outras fundamentais e importantes conclusões positivas relacionadas ao Poder Judiciário brasileiro, o Relatório CNJ em números – 2018 verificou:

O maior IPM – Índice de Produtividade dos Magistrados – de toda a série histórica de mensuração do índice, iniciada em 2009. É dizer, em 2018, os magistrados brasileiros apresentaram sua melhor produtividade nos últimos dez anos;

O primeiro registro, na história, de baixa do acervo de processos de execução fiscal no Brasil;

Que o tempo dos processos pendentes diminuiu nos últimos quatro anos, atingindo 4 anos e 10 meses em 2018. Esse resultado significa que o Judiciário foi capaz de solucionar casos mais antigos, o que está em consonância com a Meta Nacional nº 2;

Que as varas exclusivas de execução fiscal ou fazenda pública apresentam quase 6 mil processos baixados por vara e 54 mil processos em tramitação por vara, totalizando 92% do total de processos de execução fiscal em tramitação na Justiça Estadual;

A política do CNJ de incentivo à virtualização dos processos judiciais tem registrado enormes avanços na informatização dos tribunais a cada ano. A Resolução CNJ 185/2013, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, impactou significativamente o percentual de processos autuados eletronicamente, que passou de 30,4% em 2013 para 83,8% em 2018.

Por todo o acima, é inegável que grande parcela da esfera pública e da sociedade demonstra esperança na atividade de controle financeiro, administrativo e disciplinar desempenhado pelo CNJ, bem como nos seus programas que visam incrementar a eficiência da administração judiciária, buscando a melhoria da prestação jurisdicional. Em resposta, o Conselho Nacional de Justiça (a exemplo da Resolução 194, que estabelece a Política de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição e os aprimoramentos aplicados ao Processo Judicial Eletrônico e Justiça em Números) cresce em importância com a árdua busca pela concretização e realização da Justiça, em que pese todas as mazelas do Judiciário e do Estado brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Criado com o objetivo de aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, com controle e transparência administrativa e processual, o Conselho Nacional de

Justiça (CNJ) faz em 2021, 16 anos de atuação. Neste período, o órgão superou as expectativas iniciais e apresenta resultados de projetos, planejamentos e ações decisivas para o amadurecimento do Judiciário do Brasil. Presidido por ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) em rodízio a cada dois anos, o CNJ abraça bandeiras diferentes a cada gestão, propiciando o crescimento do Conselho e a ampliação de seu leque de atuação. Atualmente, cada conselheiro é responsável por uma Comissão Permanente – totalizando 13 comissões, segundo a Resolução CNJ nº 296/2019.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: camara.leg.br/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-publicacaooriginal-22987-pl.html. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. Emenda Constitucional nº 61, de 11 de novembro de 2009. Altera o art. 103-B da Constituição Federal, para modificar a composição do Conselho Nacional de Justiça. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2009. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc61.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

CEARÁ. Constituição do Estado do Ceará (1989). Fortaleza, CE, Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 1989. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Disponível em: cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. Justiça em Números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: cnj.jus.br/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça: Quem Somos. Disponível em: cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-e-visitas. Acesso em: 12 jan. 2021.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPÍTULO 9

O CONTROLE DAS FAKE NEWS PELA JUSTIÇA ELEITORAL E A MANUTENÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fabíola Marques Rezende¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.9

¹ fabiolamarques456@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-1528-9500>

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar se as medidas adotadas pela Justiça Eleitoral e as legislações pertinentes ao tema das fake news na Justiça Eleitoral estariam, ou não, oferecendo algum risco ao direito constitucional à liberdade de expressão, ou seja, se estariam sendo um mecanismo ilegítimo para o combate às notícias falsas no Brasil, pois, afinal, a liberdade da manifestação de pensamento e a proibição da censura, tem que estar necessariamente presentes no Estado Democrático de Direito. Para se produzir tal propósito, foi utilizado método dedutivo em pesquisa do tipo qualitativa e Revisão Bibliográfica. Os instrumentos de pesquisa para realização do presente artigo foram a leitura de legislação, doutrina, jurisprudência e artigos de revistas científicas. O que se verifica é que a Justiça Eleitoral, seja por meio de suas Resoluções, legislação ou por campanhas esclarecedoras do que vem as fake news à população, não vêm oferecendo qualquer tipo de risco na garantia da liberdade de expressão e muito menos promovendo a censura na manifestação de pensamento, em vista de estar analisando caso a caso pelo grau de ofensa das postagens e estar adotando a técnica de ponderação de interesses quando em conflito com os direitos de personalidade somente no caso concreto, interferindo o mínimo possível. Dessa forma, tem-se assegurada a lisura e a legitimidade do processo eleitoral e proteção do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Notícias Falsas. Liberdade de Expressão. Democracia. Eleições.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze whether the measures adopted by the Electoral Justice and the pertinent legislation on the topic of fake news in the Electoral Justice are, or are not, offering any risk to the constitutional right to freedom of expression, that is, whether they are being a mechanism illegitimate to fight false news in Brazil, because, after all, the freedom of expression of thought and the prohibition of censorship, must necessarily be present in the Democratic Rule of Law. To produce such a purpose, a deductive method was used in qualitative research and Bibliographic Review. The research instruments for the realization of this article were the reading of legislation, doctrine, jurisprudence and articles from scientific journals. What is verified is that the Electoral Justice, either through its Resolutions, legislation or through campaigns that clarify what fake news comes to the population, are not offering any type of risk in guaranteeing freedom of expression and much less promoting censorship. in the manifestation of thought, in view of being analyzing case by case by the degree of offense of the posts and adopting the technique of balancing interests when in conflict with personality rights only in the specific case, interfering as little as

possible. In this way, the smoothness and legitimacy of the electoral process and the protection of the Democratic Rule of Law have been ensured.

Keywords: False News. Freedom of expression. Democracy. Elections.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vive tempos imprecisos, líquidos na denominada Era da Pós – Verdade, onde fatos objetivos têm menor influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e à crenças pessoais. As pessoas preferem acreditar naquilo que as convém, guiadas por crenças particulares e opiniões subjetivas, do que em fatos verdadeiros, objetivos, racionais e investigados cientificamente.

Acontece que na Era da Pós – Verdade, alinhada com o surgimento de novas tecnologias, especialmente a Internet, permitiu-se o compartilhamento de informações de forma enormemente rápida e veloz para muitíssimas pessoas em pouquíssimo tempo. Esse foi o cenário propício para o surgimento das chamadas *fake news* ou notícias falsas, traduzido para o português, mais precisamente no cenário eleitoral. Essa expressão, em meio a um contexto de relativização da verdade e disseminação de informações questionáveis, surgiu de forma recente nos dicionários, e tem sido usada com o objetivo de descrever informações intencionalmente fabricadas para manipular quem as lê, com o fim de obter algum proveito político ou econômico.

Com um fortíssimo poder de atuação, notadamente, as *fake news* podem comprometer a credibilidade, rigidez e legitimidade de todo um processo eleitoral e consequentemente, de um sistema democrático criando uma ilusão da verdade, em que os eleitores não saberiam em quem ou no que confiar e/ou acreditar, levando-os a manifestarem-se com base em circunstâncias falsas, caracterizando-se, por conseguinte, em um vício na sua formação de vontade, pois não seria uma preferência autêntica e sim a preferência de quem compartilhou a *fake news*, ferindo a democracia presente no Estado de Direito.

É justamente daí que surge o grande dilema jurídico-político. Até onde a Justiça Eleitoral e seu órgão máximo que é o Tribunal Superior Eleitoral, possuem mecanismos para controlar esse compartilhamento desenfreado de *fake news* sem violar a livre manifestação do pensamento e da liberdade de expressão, consagradas constitucionalmente, controlando esses danos que atingem não só o indivíduo, mas também a democracia, contudo, sem entrar no campo da censura?

A resolução desta questão, que é o problema de pesquisa deste presente artigo, não será tão simples assim. A Justiça Eleitoral passa por uma "faca de dois gumes", pois se por um lado, as notícias inverídicas ferem a autenticidade e a veracidade das

eleições, e com efeito a legitimidade de um sistema democrático, por outro, o controle judicial das *fake news* limita os cidadãos ao direito de acessar a livre circulação de fatos, ideias e opiniões, abrindo caminhos para uma possível censura, o que da mesma forma acaba atingindo também a autenticidade das eleições e a legitimidade da democracia. O principal desafio do Tribunal Superior Eleitoral é decidir entre a liberdade de expressão e o direito à verdade, pois por onde permeia a liberdade de expressão também é por onde se insere o direito do cidadão de saber a veracidade daquilo que está sendo divulgado.

Portanto, este artigo terá como objetivo verificar a atuação do Judiciário, sobretudo da Justiça Eleitoral e de seu órgão máximo que é o Tribunal Superior Eleitoral, frente ao cenário contemporâneo da desinformação, provocado, em sua maioria, pelas *fake news*, de forma que não viole o processo democrático e nem se permita a prática de atos que são ilícitos e contra o ordenamento jurídico, respeitando também o direito fundamental à liberdade de expressão e de pensamento. Para tanto, o presente artigo, visando a melhor abordagem do tema, é estruturado em dois momentos para análise.

Inicialmente, será explanado o princípio da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, de que forma está previsto como direito fundamental na Constituição Brasileira de 1988 apontando algumas discussões pertinentes ao tema, como suas limitações e efeitos na vida em sociedade.

Nos segundo momento, se proporrá a analisar o fenômeno das *fake news*, os conceitos e definições que envolvem as notícias falsas, e os danos que elas podem causar à ordem jurídica, política e eleitoral e conseqüentemente ao sistema democrático e à toda sociedade juntamente com o controle judicial das *fake news*, mediante atuação da Justiça Eleitoral, sobretudo do Tribunal Superior Eleitoral, visando coibir o avanço e a viralização das notícias falsas veiculadas na Internet, especialmente nas redes sociais.

Por fim, este artigo trará as considerações finais, verificando que as medidas adotadas pela Justiça Eleitoral e demais legislações pertinentes ao tema, de fato, não estão oferecendo qualquer tipo de risco ou ameaça ao direito constitucional à liberdade de expressão, tendo em vista que aquela está analisando caso a caso, pelo grau de ofensa nas postagens nas redes sociais. Ademais, está adotando também o princípio da ponderação de interesses e interferindo o mínimo possível em relação ao caso concreto, tudo isso aliado à campanhas e ações esclarecedoras acerca do fenômeno *fake news* à toda sociedade, assegurando a manifestação de pensamento tão primordial à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Por fim, é cabível ressaltar, indubitavelmente, que a escolha do tema a ser investigado no presente artigo é de notória relevância para o atual cenário de desordem

informacional que vivemos e político que enfrentamos, onde muitas pessoas criam a utopia que o direito à liberdade de expressão é absoluto, permitindo assim, compartilhar notícias dos mais variados tipos, sejam elas verdadeiras ou não, abrindo caminho para a viralização das *fake news*, e prejudicando a legitimidade de todo o processo eleitoral, tão necessário em um Estado Democrático de Direito.

2 A LIBERDADE DA EXPRESSÃO COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA

A discussão desse direito é de suma importância para a democracia, visto que a liberdade de expressão é o poder do cidadão manifestar suas opiniões de qualquer natureza, seja até mesmo ideológica e/ou política na esfera pública e não ser reprimido sob forma alguma por elas.

Nesse prisma, Alexandre de Moraes assim pontua:

A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva; sendo, portanto, constitucionalmente impossível a restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral; e, conseqüentemente, inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático¹.

O direito fundamental à liberdade de expressão é tão relevante que é expressamente consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, nos incisos IV, segundo o qual "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; no inciso V que trata da liberdade da manifestação de pensamento dispondo que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; no inciso IX que estabelece que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; no inciso X, segundo o qual "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"; no inciso XIV que dispõe que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"; e por fim, no inciso XXXIII que dispõe que: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". A Magna Carta de 1988 também consagrou a liberdade de

1 ALEXANDRE, de Moraes. Democracia e Liberdade de Expressão. Editora Juspodium. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodium.com.br/2020/04/14/democracia-e-liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 2 jun. 2020.

expressão em um capítulo reservado á comunicação social, com ênfase no disposto no artigo 220, caput, § 2º, que dispõe que "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística"²

2.1 A liberdade de expressão como direito de status preferencial

A Magna Carta de 1988 concedeu um lugar de preferência à ela frente aos demais direitos individuais com o intuito de assegurar sua real efetivação, já que a democracia guarda intrínseca relação com aquela.

Com relação à essa primazia do direito á liberdade de expressão, Cláudio Chequer argumenta que:

[...] a justificativa democrática confere-lhe (ou impõe-lhe) ainda um (grifo nosso), *plus*, outorgando a ela o status de direito fundamental preferencial *prima facie* quando relacionada com temas de interesse público. Nesta hipótese, em razão de esse direito fundamental se apresentar como requisito para a formação da opinião pública livre (sem a qual não existe democracia), o aplicador do direito, ao resolver um conflito entre direitos fundamentais, deverá autorizar que a balança da ponderação confira maior peso inicial ao direito fundamental à liberdade de expressão³

Convém ressaltar também que, no julgamento da ADPF nº 130, conhecida como a ADPF da Lei de Imprensa, o Ministro Relator Ayres Britto foi categórico em seu voto ao declarar que a liberdade de expressão possui "posição preferencial" frente aos demais direitos individuais⁴.

Ainda, na ADPF nº 187, conhecida como a ADPF da Marcha da Maconha, o Ministro Relator Celso de Mello firmou posicionamento de que "liberdade de expressão só pode ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações legais iminentes"⁵.

2.2 A relativização da liberdade de expressão no caso concreto

Mesmo que a Lei Maior confira *status* de primazia em relação a outros direitos constitucionais, a liberdade de expressão não é absoluta assim como todo direito fundamental não o é, devendo observar seus limites, levando-se em consideração seus limites e o direito à honra, à imagem e à personalidade.

Nesse entendimento, Lourinho argumenta que:

[...] a liberdade de expressão não se caracteriza como um direito absoluto, ela não é ilimitada. Em certas ocasiões ela entrará em colisão com outros direitos fundamentais, que deverá ser solucionado por ponderação, levando em consideração o caso concreto, o ordenamento jurídico e, principalmente, a fundamentação teórica emba-

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 14 abril. 2021.

3 CHEQUER, Cláudio. Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento em 30 abr. 2009. Diário Oficial da União. Brasília-DF, 06 nov. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> . Acesso em: 24 set. 2020.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 15 jun. 2011. Corte ou Tribunal. Brasília-DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195> . Acesso em: 22 set. 2020 . Acesso em: 24 set. 2020.

sada pelos modelos de liberdades que vem influenciando nas decisões das Cortes e Tribunais⁶.

Até mesmo no texto constitucional são encontrados limites ao pleno exercício da liberdade de expressão, como, por exemplo, caso afronte de forma desproporcional outros direitos de personalidade, como a intimidade, a honra, a imagem e a vida privada previstos no artigo 5º, em seu inciso X na qual estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁷.

3 AS FAKE NEWS E SEU CONTROLE PELA JUSTIÇA ELEITORAL

A nova realidade alcançada pela Revolução Digital, tornou possível que qualquer pessoa deixasse de ser apenas receptora de informação para passar a ser produtora de conteúdo. Dessa forma, todo indivíduo pode exprimir suas opiniões e falar “sem filtros” sobre assuntos dos mais variados temas. Todavia, no espaço virtual, cujas informações acham-se de maneira tão fácil, rápida e difusa, não se veicula somente informação pertinentes, como também fatos e/ou notícias que podem não ser verdadeiras, mas podem constituir verdadeiras afrontas à legalidade, à democracia e à honra de um terceiro, que é a disseminação de notícias falsas dentro das redes sociais e de outros meios de informação, comumente denominadas de *fake news*.

Em suma, o fenômeno das *fake news* é conceituado como o compartilhamento de informações e/ou notícias falsas travestidas; sob o manto de uma notícia, publicadas e divulgadas unicamente para enganar as pessoas, usadas também para atender interesses de terceiros.

Os objetivos da criação e publicação das *fake news* podem ser os mais diversos; desde legitimar uma determinada crença, opinião, ou ponto de vista, criar uma polêmica em torno de uma situação generalizada ou determinado indivíduo, manipular diretamente a opinião pública para denegrir, ofender e/ou ferir a imagem de uma pessoa, marca ou instituição, ou somente mesmo para obter ganhos financeiros ou alguma vantagem patrimonial por meio de receitas vindas de anúncios e propagandas contidas nos próprios meios de propagação desse fenômeno, como por exemplo sites que veiculam as chamadas notícias caça-cliques, notícias estas com um título sensa-

6 LOURINHO, Luna Cléa Corrêa. Os limites da liberdade de expressão: uma análise sobre a liberdade negativa e a liberdade positiva. Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte-MG, v. 2, n. 1, p. 460-467, janeiro/julho 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/5036>. Acesso em: 24 set. 2020.

7 op. cit. [3]

cionista, que mesmo sendo contraditórias e muitas vezes não sendo verdadeiras por completo, tendem a chamar a atenção de mais leitores que curiosos clicam nessas páginas, aumentando a taxa de retorno e o lucro do site que as publica.

Ora, sobretudo em épocas eleitorais, a *fake news* toma status de um verdadeiro marketing político, tendo o poder de destruir ou beneficiar candidaturas e vindo a ferir o processo eleitoral e conseqüentemente a democracia.

Diante disso, surge a necessidade de a Justiça Eleitoral tentar combater ou diminuir os efeitos antidemocráticos que as *fake news* podem ocasionar.

Dado esse aspecto, o Ministro do STF Luiz Fux, chegou a afirmar que :

Notícias falsas, (grifo nosso), *fake news*, derretem candidaturas legítimas. Uma campanha limpa se faz com a divulgação de virtudes de um candidato sobre o outro, e não com a difusão de atributos negativos pessoais que atingem irresponsavelmente uma candidatura⁸

Verifica-se que o respeito ao direito fundamental à liberdade de expressão deve ser observado com muita parcimônia mediante adoção da técnica de ponderação de interesses, entre Estado na edição e alteração das legislações e Poder Judiciário, notadamente, a Justiça Eleitoral, para que não haja abusos e uma possível censura.

Quando em conflito com outros direitos fundamentais no caso concreto, como a liberdade de expressão, em especial no que tange às *fake news*, os direitos de personalidade devem ser resguardados.

Nesse sentido:

Há que se ter redobrada cautela na admissão de restrições à liberdade de expressão, baseadas num juízo de desvalor sobre o conteúdo das manifestações, pois isso pode conduzir à submissão deste direito às pautas do (grifo nosso), "politicamente correto", em detrimento do dinamismo da esfera comunicativa e do direito à manifestação aqueles que tiverem ideias impopulares. Por isso, as restrições devem ser preservadas para casos extremos, após uma detida ponderação dos interesses em jogo⁹.

3.1 Medidas e desafios enfrentados pela Justiça Eleitoral para coibir as *fake news*

O Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4451, julgada em 21 de Junho de 2018, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, diz em sua ementa:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ES-TATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PRO-

8 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE vai combater fake news com apoio da imprensa. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticiastse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-comapoio-da-imprensa> . Acesso em: 24 set. 2020.

9 SARMENTO, Daniel et al. Comentários à Constituição do Brasil de 1988. São Paulo-SP: Saraiva, 2013.

TEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo¹⁰.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral entende que deve haver a máxima defesa da liberdade de expressão e de pensamento com o Poder Judiciário intervindo o mínimo possível nessas manifestações de cunho eleitoral, para não ter censura e nem ferir a democracia.

Não obstante, segundo o site do Tribunal Superior Eleitoral :

Em todas as decisões, os juízes da propaganda reforçaram que a atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate político e democrático. De acordo com os ministros, as liberdades de pensamento e expressão consagradas na Constituição Federal, são inafastáveis, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral. Para eles, esse direito fundamental somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos¹¹.

A título de exemplo, cita-se Recurso Eleitoral nº 060022197 do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, julgado em 20 de outubro que discorre em sua ementa:

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. ELEIÇÕES 2020. PUBLICAÇÃO FALSA E AFIRMAÇÃO SABIDAMENTE INVERÍDICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1 - Na hipótese dos autos, analisando o conteúdo da postagem, verifica-se que não merece qualquer reparo a decisão exarada pelo magistrado de primeiro grau, posto que não se comprovou, de maneira clara e flagrante, a veiculação de notícia falsa ou sabidamente inverídica por parte do representado em

10 (ADI 4451, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019)BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451. Julgamento em 21 jun. 2018. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Diário Oficial da União. Brasília-DF.01 mar.2019. Disponível em: . Acesso em: 14 abril 2021.

11 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE atuou com celeridade no julgamento de processos sobre fake news durante as Eleições 2018. Brasília-DF, 2018. Disponível em: . Acesso em: 30 dez. 2020.

sua publicação, uma vez que embora haja um erro quanto ao ano da eleição (1960) do governador Aluizio Alves para o executivo Estadual, ele de fato concorreu pelo PSD, mesmo que aquele partido não seja o mesmo do atual PSD (Nº 55). 2 – Eventual mensagem subliminar pode ser combatida pela representante por meio do debate eleitoral, em suas redes sociais e em sua propaganda eleitoral, devendo a Justiça Eleitoral atuar apenas em casos de grave notícia falsa, conforme muito bem pontuou o juiz sentenciante. 3 – Manutenção da sentença recorrida que julgou improcedente o pedido formulado na representação. 4 – Desprovisionamento do recurso¹².

Cabe ressaltar que, por meio da Resolução do TSE nº 26.310/2019, pela primeira vez, o fenômeno das

fake news

passou a ser falado nas resoluções eleitorais. Essa resolução dispôs em sua II Seção, a desinformação na propaganda eleitoral estabelecendo em seu artigo Art. 9º:

A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiros, pressupõe que o candidato, o partido ou a

coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se os responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei no 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal¹³.

Ademais, o TSE instalou um Conselho Consultivo acerca da Internet e das eleições (Portaria TSE nº 949, de 07/12/2017), com o intuito de desenvolver pesquisas e estudos a respeito das regras eleitorais e o poder da Internet nas mesmas, propondo ações e metas para o aperfeiçoamento das legislações eleitorais no combate às *fake news*, criando também o Programa de Enfrentamento à Desinformação no Tribunal Superior Eleitoral.

Através desse Conselho, o TSE pôde firmar diálogos por meio de encontros com vários e diversos indivíduos e empresas provedoras de conteúdo.

O TSE também vem buscando informar a população por meio de campanhas publicitárias na televisão, jornais e internet e discussões por meio de seminários sobre não compartilhar notícias fraudulentas e combater a desinformação.

Afinal, não cabe só à Justiça Eleitoral, mas também à toda a sociedade que pode e deve fiscalizar a disseminação das notícias inverídicas, pois uma se complementa à outra na garantia da livre manifestação de pensamento e de expressão, no combate às notícias falsas, na legitimidade e na confiabilidade do processo eleitoral e no pleno

12 RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. 060022197. Relator: Geraldo Antonio da Mota. Julgamento em 20 out. 2020. Corte ou Tribunal. Jardim do Seridó-RN, 20 out. 2020. Disponível em: <https://tre-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1107428013/recurso-eleitoral-re-60022197-jardim-do-serido-rn/inteiro-teor-1107428041?ref=serp>. Acesso em: 23 out. 2020.

13 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2019. Corte ou Tribunal. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-dezembro-de-2019>. Acesso em: 30 dez 2020.

exercício da cidadania, que, indubitavelmente devem estar presentes em um Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que a Revolução digital e o avanço de novas tecnologias fizeram com que os meios clássicos / tradicionais de comunicação fossem trocados por alternativas mais viáveis que permitissem o relacionamento interpessoal e o compartilhamento de informações entre diversas pessoas de forma mais fácil, veloz e eficaz, dentre elas a Internet e as redes sociais.

Contudo, especialmente em época eleitoral, determinados indivíduos e grupos, valendo-se das facilidades que a Internet proporciona, como a rapidez de atingir mais pessoas em menos tempo possível, acabam por criar e disseminar *fake news*, ou seja, notícias completamente inverídicas sobre um determinado candidato ou partido político a fim de conquistar vantagens e benefícios a favor de outrem ou até a si próprio. Notadamente, nos dias contemporâneos, onde a Pós-Verdade se faz presente, os indivíduos tendem a curtir, e dar mais atenção aquilo que lhe agrada ou algum fato novo que lhe cause surpresa e que há mais chances de compartilhamentos. Assim, esse é o terreno ideal para que mais e mais *fake news*, principalmente no campo político-eleitoral venham a ser compartilhadas, muitas vezes nem lidas em todo seu conteúdo, mas já que tem título ou fotos chamativas e agradam ou espantam aos olhos de quem as vê, não demoram muito tempo para as *fake news* tornarem-se virais e quiçá tratadas como se verdadeiras fossem.

As *fake news* corrompem todo o processo eleitoral, na medida em que comprometem a autenticidade do voto, pois o eleitor não está escolhendo seu candidato com base em sua própria ideologia mas sim na manifestação de pensamento de outra pessoa. Aquele acaba votando no candidato que outra pessoa escolheu, com base nas notícias falsas que este veio a disseminar na internet.

Assim, o fenômeno das *fake news*, afeta os princípios do processo eleitoral e a legitimidade das próprias eleições, corrompendo e prejudicando seu caráter democrático, tornando-se um grande desafio a ser resolvido pela Justiça Eleitoral, sobretudo, pelo Tribunal Superior Eleitoral, claro que respeitando os limites e o caráter relativo do direito fundamental á liberdade de expressão.

Nessa perspectiva, o objetivo do presente artigo foi avaliar se as medidas adotadas pela Justiça Eleitoral e as legislações pertinentes a este tema estariam, ou não, oferecendo algum risco ao direito constitucional á liberdade de expressão, ou seja, se estariam sendo um mecanismo legítimo para o combate ás notícias falsas no Brasil,

pois, afinal, a liberdade na manifestação de pensamento é de suma importância para um Estado Democrático de Direito.

Para atingir o objetivo do presente trabalho, abordou-se a relevância do direito fundamental à liberdade de expressão para a democracia, destacando, sobretudo, seus limites e restrições no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo que ele em si, como qualquer outro direito fundamental não é absoluto e por fim, prezando o Judiciário pela mínima intervenção no caso concreto, quando em conflito com outros direitos.

Em um segundo momento, foi analisado a presença e a massificação das *fake news* em cenário eleitoral, assim como as medidas adotadas adotadas pela Justiça Eleitoral, em especial o Tribunal Superior Eleitoral para frear a disseminação das notícias falsas.

Em suma, no decorrer da análise do presente artigo, concluiu-se claramente que não deve entender o direito fundamental à liberdade de expressão como absoluto, assim como nenhum direito fundamental não o é também, sobretudo em épocas eleitorais, onde há maior disseminação de *fake news* e comprometem todo o sistema político. Daí sua relevância na retirada de circulação de seu conteúdo para atingir o mínimo de pessoas possível e também para que haja algum controle e/ou diminuição sobre os seus danos.

Não obstante, uma das conclusões possíveis de se extrair dessa pesquisa é que a limitação das *fake news* pela Justiça Eleitoral não oferece riscos ao exercício do direito à liberdade de expressão e muito menos à democracia, pelo contrário, pois esta está agindo sobre fatos imputados falsos que atingem a honra de terceiros e não sobre opiniões, não configurando censura. Ademais, vem analisando somente no caso concreto, um por um, adotando a técnica de ponderação de interesses e interferindo o mínimo possível, só se for mesmo necessário. Não obstante, o Tribunal Superior Eleitoral está garantindo a todos os eleitores que formem seus próprios pontos de vista, seus próprios pensamentos e ideologias, votando no candidato que quiserem e declarando também que o candidato foi eleito de maneira autêntica, e sem manipulações, preservando também a igualdade de competição e a justiça entre todos os candidatos.

Desta forma, pode-se afirmar que a atuação da Justiça Eleitoral no combate às notícias inverídicas foi certa a ponto de não provocar nenhum risco ao direito fundamental à liberdade de expressão, muito menos causar quaisquer tipos de dano ao Estado Democrático de Direito, analisando caso a caso pelo grau de ofensa das postagens e pelo contraditório de manifestação de pensamentos que as redes sociais proporcionam, além de interferir o mínimo possível em relação ao caso concreto respeitando a manifestação de pensamento.

Ademais, vale concluir que o combate às notícias inverídicas por medidas alternativas, com a Justiça Eleitoral propondo ações em conjunto com outros agentes da sociedade civil e empresas de tecnologia, voltadas á educação digital e a conscientização para reduzir a disseminação de *fake news* eleitorais vêm se mostrando positivas e eficazes, em sua maioria. Assim, o Judiciário mostra que não pode caminhar nesse desafio sozinho e a ajuda dos cidadãos, mediante campanhas esclarecedoras e conscientizadoras sobre esse assunto é fundamental para que estes também façam sua parte no combate às *fake news* de forma a identificar, diferenciar o que é verdadeiro do falso e denunciar as notícias falsas que firam candidatos, partidos políticos e consequentemente a democracia.

Todavia, as atitudes ainda são tímidas e demonstram-se pouco eficazes no combate às *fakes news* no plano atual. Concluindo esta pesquisa, cumpre reforçar que a contribuição dos cidadãos nessa luta contra as *fake news* e a desinformação é fundamental também. Deve partir dos indivíduos, a responsabilidade, o engajamento e a consciência de verificar as informações que chegam a seu alcance se são verdadeiras ou não e não compartilhar se elas forem inverídicas. Educação Digital é primordial na garantia á liberdade de expressão e na manutenção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n. 060022197. Relator: Geraldo Antonio da Mota. Julgamento em 20 out. 2020. **Diário Oficial da União**. Jardim do Seridó-RN. Disponível em: <https://tre-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1107428013/recurso-eleitoral-re-60022197-jardim-do-serido-rn/inteiro-teor-1107428041?ref=ser>. Acesso em: 23 out. 2020.

ALEXANDRE, de Moraes. **Democracia e Liberdade de Expressão**. Editora Juspodium. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/14/democracia-e-liberdade-deexpressao/>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 21 jun. 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília-DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-dedezembro-de-2019>. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Relator: Min. Carlos Brito. Julgamento em 30 abr. 2009.

Diário Oficial da União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 15 jun. 2011. **Diário Oficial da União.** Brasília-DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 24 set. 2020.

CHEQUER, Cláudio. **Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie.** [S.l.], 2010. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-deimprensa/artigos-de-procuradores/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamentalpreferencial-prima-facie..> Acesso em: 24 set. 2020.

LOURINHO, Luna Cléa Corrêa. Os limites da liberdade de expressão: uma análise sobre a liberdade negativa e a liberdade positiva. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte-MG, v. 2, n. 1, p. 460-467, janeiro/junho 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/5036>. Acesso em: 24 set. 2020.

SARMENTO, Daniel et al. **Comentários á Constituição do Brasil de 1988.** São Paulo-SP: Saraiva, 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **TSE atuou com celeridade no julgamento de processos sobre fake news durante as Eleições 2018.** Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-nojulgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>. Acesso em: 30 dez. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **TSE vai combater fake news com apoio da imprensa.** Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-comapoio-da-imprensa>. Acesso em: 24 set. 2020.

CAPÍTULO 10

NEUROPSICOLOGIA FORENSE: ATITUDES, COMPORTAMENTO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA IDEIA DE MORAL

FORENSIC NEUROPSYCHOLOGY: ATTITUDES, BEHAVIOR AND CONSTITUTIVE ELEMENTS OF THE MORAL IDEA

Filipe Ewerton Ribeiro Teles¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.10

¹ Pesquisador do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Possui Graduação em Direito pela URCA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0641-2703>. E-mail: felipeteles125@gmail.com

RESUMO

Neste capítulo buscou-se realizar uma descrição de alguns pontos relevantes que fazem o Direito, a Psicologia, a Psiquiatria, a Neurologia trabalharem para construir um caminho interdisciplinar coeso e bem fundamentado, para que o entendimento das ações humanas, tendo como base a construção de individualidade, da noção de sujeito e da moral, sejam uma constante e que gere um melhor meio de convivência social. Conhecer os processos de avaliação neuropsicológicos e as dimensões que o compõem é muito relevante ao profissional do Direito. Entender as múltiplas formas de avaliação da Organização Cognitiva, e a aquisição de noções básicas referentes às possíveis alterações nessas aptidões, por certo, aprimora o olhar e a escuta do profissional responsável objetivando a excelência e a verdade dos fatos.

Palavras-chave: Direito. Psicologia. Psiquiatria. Neurologia.

ABSTRACT

In this chapter we sought to describe some relevant points that make Law, Psychology, Psychiatry, Neurology work to build a cohesive and well-founded interdisciplinary path, so that the understanding of human actions, based on the construction of individuality, the notion of subject and morality, are a constant and generate a better means of social coexistence. Knowing the neuropsychological assessment processes and the dimensions that compose them is very relevant to the legal professional. Understanding the multiple forms of assessment of the Cognitive Organization, and the acquisition of basic notions regarding the possible changes in these skills, certainly improves the look and the listening of the responsible professional aiming at the excellence and the truth of the facts.

Keywords: Right. Psychology. Psychiatry. Neurology.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Atitudes morais e fenômenos cognitivos

De acordo com Lopez (2015), para entendermos melhor sobre características que regem a conduta humana é importante falar sobre o desenvolvimento e a evolução das atitudes morais (diretamente relacionadas à aptidão humana para ter noções sobre o bem e o mal), sobre as quais iremos versar, no que tange às teses nativista e social da moral.

Desde os primórdios da humanidade existe o embate ético quanto à tese de que exista uma relação entre origem congênita da tendência ou do sentido moral do ho-

mem. Atualmente é consenso entre pesquisadores, de que o homem ao nascer, não apresenta nenhum senso moral diferenciado de outro ser. Portanto, uma criança é primitivamente amoral, e somente à medida que entra em contato com os elogios, gratificações, proibições e imposições dos cuidadores e da sociedade, emerge um “senso” de regras e normas, que a fazem receber recompensas e outras que promovam desamparo ou punição. O que nos mostra que, por consequência dos comportamentos emitidos, existe um processo embrionário de assimilação de moral (Lopez, 2015).

Dessa forma, o senso de moral irá penetrar na criança por intermédio da relação entre estímulos de fora para dentro, sob a forma de regras de conduta impostas pela força; por exemplo: quando perguntado a uma criança de quatro ou cinco anos de idade sobre a razão de não poder fazer alguma coisa, ela na maioria das vezes dirá: “Mãe ou papai não deixa”, ou seja, a regra dos motivos que levaram os pais à tal decisão pode não ser clara para a criança, sabe-se apenas que “não pode porque alguém significativo não quer” (Lopez, 2015).

A moral irá penetrar na criança por intermédio da relação entre estímulos fora para dentro, sob a forma de regras de conduta impostas pela força. Conforme Monteiro e Saffi (2015), os mecanismos neuropsicológicos que permitem a identificação de regras no ser humano, relação de causa e consequências, dependem originalmente das funções cognitivas básicas, as quais apresentaremos a seguir.

O estudo dos mecanismos atencionais é de extrema importância nas neurociências, pois, é por meio da atenção que o cérebro viabiliza a entrada de dados disponíveis nos ambientes interno ou externo, que serão compilados para que seja elaborado um conhecimento acerca destes dados na mente humana. Portanto, a condição para que um determinado estímulo seja selecionado, codificado, arquivado e aprendido, é de que primeiramente, esteja disponível no escopo da atenção. Monteiro e Saffi (2015, pg. 71) ressaltam que:

Tudo o que percebemos depende diretamente do direcionamento de nossa atenção. Assim, quando prestamos atenção em algo, diversos processos são disparados em nosso cérebro, inibindo vários elementos distratores e priorizando os que são considerados relevantes, [...]. Contudo, a capacidade cerebral de processar informações é limitada e depende do funcionamento eficaz de diferentes sistemas, que, por meio de processos sequenciais, os quais compreendem uma série de estágios, visam à seleção e à manutenção de inputs.

Segundo Monteiro e Saffi (2015) a atenção engloba um conjunto de processos multifatoriais que permitem ao homem, que aos poucos, desenvolva uma habilidade de direcionar de forma deliberada sua atenção aos estímulos relevantes e consiga desviar seu foco daqueles considerados irrelevantes. Enquanto uma tentativa de definição

do termo atenção, Gil appud Monteiro e Saffi (2015) a definem como: “a capacidade de manter a orientação e a concentração dirigidas para uma atividade”.

Sendo assim, podemos dizer que todas as nossas ações deliberadas são dependentes dessa competência. Não existe consenso por parte de pesquisadores quanto aos elementos constitutivos da atenção, mas uma grande parte concorda que ela está ligada a habilidades de atenção e alerta:

1) componentes da atenção

a) Nível de alerta: constituído de dois mecanismos bem distintos;

- Tônico: tem a função de realizar a regulação interna do organismo a estimulações ambientais, função amplamente fisiológica, pois, mantém os níveis de vigília e de sono. Quanto mais vigil o sujeito permanece, mais atento; quanto mais sonolento, ocorre um considerável rebaixamento do nível atencional.

- Ativação fásica: está ligada a uma modificação momentânea na aptidão de dirigir a atenção, em razão de algum estímulo do ambiente que sequestra a atenção em sua direção; exemplo: sons altos que nos fazem dirigir os olhos na direção que o som foi emitido, quase como por instinto. Por exemplo: ao ouvir os sons de estampidos de revólver, a maioria das pessoas irá correr para o lado oposto.

b) Amplitude atencional: diz respeito à quantidade de dados que um determinado sujeito é capaz de processar. Estudos em neurociências buscam a avaliação dessa aptidão, para que a mesma possa ser ampliada, tornando assim, o sujeito mais apto a lidar com situações inesperadas.

c) Atenção seletiva: é a aptidão para distribuir a atenção de forma voluntária diante de múltiplos estímulos e conseguir seguir uma determinada ordem. É conhecida no senso comum por concentração, por exemplo, a capacidade para ler esse texto e filtrar os outros vários estímulos ao redor é importante, para que os conceitos apreendidos aqui possam permanecer no primeiro plano da atenção. É uma importante competência a ser desenvolvida, pois, na atualidade, o aumento da frequência de estímulos distratores apresentados em um único dia é imenso, e isto pode atrapalhar a habilidade que uma pessoa tem de conseguir filtrar o que é relevante em uma determinada situação e, assim, permanecer tempo suficiente na atenção para que, posteriormente, seja evocado voluntariamente.

d) Atenção sustentada, vigilância: Capacidade para manter a atenção voluntária ao realizar uma tarefa sem que haja prejuízo. É relevante dizer que à medida que uma tarefa é nova, ela vai exigir uma maior utilização dessa competência, e à medida que

a tarefa se torna familiar, tende-se a “diminuir” a atenção voluntária, sem no entanto, perder a noção do todo; por exemplo: um médico cirurgião experiente é capaz de fazer uma cirurgia de alta complexidade e ficar conversando com sua equipe de assessoria; no entanto, ao menor sinal de uma complicação, o assunto cessa e todos ficam em silêncio, focados no momento presente, para que possam ser feitas as melhores escolhas.

e) Atenção dividida: habilidade de responder a mais de uma tarefa ao mesmo tempo. Podemos identificar tal característica ao observar uma pessoa dirigindo e conversando com alguém no carro; no entanto, vale sempre lembrar que o mesmo não é possível ser realizado quando é falado ao celular, pois, este sequestra a atenção de forma mais intensa e compromete a capacidade de ficar atento ao trânsito. Nossa mente, na verdade, suporta uma ideia por vez, ao contrário do que muitos dizem, de que as mulheres são capazes de fazer mais de uma tarefa ao mesmo tempo, elas conseguem no máximo, distribuir com maior flexibilidade sua atenção ao realizar múltiplas tarefas e não pensar as tarefas ao mesmo tempo.

Sugere-se aqui realizar um pequeno experimento social e verificar aspectos da atenção: Quando estiver andando e conversando e alguém, peça que ela realize mentalmente um cálculo aritmético complexo, e que exija raciocínio mais elaborado, por certo, a pessoa irá parar de andar para realizar a tarefa de forma assertiva e depois retornará o caminhar normalmente.

f) Atenção alternada: disposição para mudar o foco atencional em tarefas que exigem diferentes graus de atenção.

A capacidade cerebral de processar informações é limitada e depende do funcionamento eficaz de diferentes sistemas que, por meio de processos sequenciais, os quais compreendem uma série de estágios, visam à seleção e à manutenção de inputs.

Vale ressaltar o que aponta um dos maiores expoentes no estudo das neurociências sobre o fenômeno da atenção, William James apud De Lima (2005, pg. 114) ressalta que:

Milhões de itens [...] são apresentados aos meus sentidos e nunca entram propriamente em minha consciência. Por que? Porque não tem interesse para mim. Minha experiência é aquilo em que eu concordo prestar atenção [...]. Todos sabem o que é atenção. É a tomada de posse pela mente, de forma clara e vivida, de um entre o que aparecem ser vários objetos possíveis simultâneos ou linha de pensamento. A focalização e a concentração da consciência são mais essências. Esta implica, a abstenção de alguma coisa para poder lidar eficazmente com outras.

Assim sendo, a atenção apresenta diversas características que fazem com que entender os seus elementos constitutivos, possa permitir que tenhamos maior domínio sobre a nossa atenção. Isso mostra que, conhecer sobre atenção é fundamental para o

profissional do Direito, pois, grande parte de sua excelência profissional é dependente da atenção em discriminar o que é relevante ou irrelevante em um depoimento.

Ainda é importante frisar que avaliar o nível atencional das testemunhas e réus pode ser importante para que os fatos possam ser apurados, ainda que em desfavor do cliente. Conhecer sobre o cérebro então é importante não apenas para quem trabalha na área de saúde.

De lima (2005, pg. 116), mostra tal importância ao apresentar que:

Um determinado nível de alerta é fundamental para que se haja condição de se pensar em atenção. Esse nível, também considerado vigília plena, é o que mantém o cérebro em constante preparo para desempenhar suas funções, recrutando para seu funcionamento uma complexa orquestração de subsistemas que vão desde o tronco cerebral, cérebro mais primitivo (nosso) até o córtex, onde estão localizados o corpo dos neurônios que capacitam o ser humano de assimilar informações (nosso). O estar desperto depende tanto de um processo de tonificação de diversos departamentos cerebrais, quanto de um determinado mecanismo cortical responsável pela seleção de objetos de atenção e interesse.

1.2 Memória

De acordo com Oliveira e Serafim (2015, pg. 78) um dos maiores expoentes no estudo do processo de memória foi Baddeley, seus estudos permitiram entender aspectos relevantes sobre os processos de aquisição, conservação, formação e evocação de informações; esse conjunto de aspectos permite a circunscrição de padrões bem estabelecidos de comportamento que constitui alguns traços personológicos de um sujeito, tornando-o um ser único. Quanto a busca por definição de memória Baddeley aponta que:

A memória é uma aliança de sistemas que trabalham em conjunto, permitindo aprender com as experiências passadas e predizer acontecimentos futuros. O processo de memorização é composto por três fases: a de percepção, registro e fixação; a de retenção e conservação; e a de reprodução e evocação. Além disso, a capacidade de memorizar relaciona-se com o nível de consciência, da atenção e do interesse afetivo. Os processos relacionados ao aprendizado dependem intimamente da capacidade de memorizar (Baddeley, 1999).

Em relação aos processos envolvidos na memorização, esses podem ser fragmentados tendo como espinha dorsal dessa fragmentação a ligação entre as características do conteúdo das memórias, que podem ser:

a) Memória declarativa: ligada à capacidade de recordar fatos e eventos de uma forma deliberada e consciente de vários estímulos, descrevendo cenas e histórias. Composta por dois tipos:

I) Episódica- voltada a memórias relacionadas a eventos que podemos ter assistido ou participado, também chamada de memória autobiográfica;

II) Semântica- são as memórias ligadas a habilidade de remeter ao significado que as coisas, palavras e conhecimentos em geral possuem.

b) Memória não declarativa: também entendida como hábitos, é nossa memória de habilidades motoras ou sensoriais, elas são adquiridas de forma implícita, em que o sujeito pode nem sequer saber que está aprendendo algo, e que após a assimilação, torna-se complexo explicar como consegue realizar tal tarefa, como por exemplo: explicar a alguém sem mostrar, como amarrar um cadarço de tênis.

c) Memória de trabalho: ligada ao armazenamento temporário de informações úteis na mente, para permitir um raciocínio imediato ou para solução de um problema; de forma que os dados fiquem disponíveis na mente por um tempo suficiente, e depois de utilizados, possam ser descartados sem acarretar prejuízo à pessoa. Isto é importante para que seja mantido e registrado apenas o relevante para o entendimento dos acontecimentos, caso contrário, teríamos muitos dados a serem registrados e logo esgotaríamos nossa capacidade de registrar os fatos relevantes.

De certa forma é importante frisar que, em qualquer indivíduo, as lembranças vão se dar num contexto mais amplo e por questões de habituação com figuras familiares, de autoridade e demais grupos.

A memória é, portanto, sempre um trabalho do indivíduo e também do grupo. O grupo familiar, por exemplo, pode de diversas formas dirigir as linhas de pensamento sócio-histórico de um sujeito e contribuir com a sua permanência em um determinado grupo, por meio da modelagem de uma forma compartilhada de ver o mundo, sob a ótica específica da família.

A memória é sempre um trabalho do indivíduo e também do grupo. O grupo familiar por exemplo, pode de diversas formas dirigir as linhas de pensamento sócio-histórico de um sujeito e contribuir com a sua permanência em um determinado grupo, por meio da modelagem.

Portanto, em um ambiente em que a violência é uma constante, as memórias referentes à forma de lidar com as situações é replicar este padrão. Por certo que o sujeito tem a opção de escolha quanto a mudar tal modelo, todavia, ele só o faz à medida que desenvolve a habilidade de julgar moralmente entre bom e mau, aceitável e inaceitável. Em relação à duração das memórias, elas podem ser subdivididas em três grupos importantes:

Memórias quanto a sua duração

- Memória Imediata: envolve a habilidade de reter a informação tão logo seja apresentado um estímulo; tem como característica a capacidade limitada e é dependente da concentração e da fatigabilidade.
- Memória em curto prazo: tem forte ligação com fenômenos bioquímicos cerebrais, apresenta limitação quanto à duração e tamanho; envolve a capacidade de guardar uma informação por um curto tempo (inferior a três minutos) e recuperá-la durante este intervalo. O tamanho desse tipo de memória é denominado span mnésico, que em média, assimila sete estímulos simultâneos e tem baixa variabilidade de um indivíduo para outro.
- Memória a longo prazo: também denominada memória remota, envolve a habilidade de evocar uma informação ou acontecimentos passados, como meses ou até mesmo anos. A formação de uma memória a longo prazo envolve vários fenômenos bioquímicos, e sofre grande impacto de outras memórias já arquivadas.

Ainda sobre a memória, Oliveira e Serafim (2015) apontam três condições indispensáveis para que o processo de memorização ocorra de forma organizada, que são os processos de aquisição, consolidação e evocação:

- Aquisição: ligada à recepção de informações, possui forte ligação com os órgãos do sentido (audição, visão, tato, paladar e olfato). Ela é fundamental, pois, o cérebro guarda somente aquilo que prestou atenção.
- Consolidação: quando a informação é processada no cérebro e o mesmo organiza as informações e, assim, elabora o conhecimento.
- Evocação: capacidade de voluntariamente trazer à mente e recuperar informações passadas, armazenadas na memória.

Ao retomarmos à ideia de avaliação da aptidão apresentada por Lopez (2015), em que o mesmo ressalta que a assimilação dos aspectos ligados à moralidade, à atenção e à memória possuem papel muito importante na vida diária. Uma vez que as primeiras impressões arquivadas na memória a longo prazo vão servir, muitas vezes, como substrato básico para a percepção do sujeito, e por certo, irão recair sobre as normas morais que a sociedade imprime à família e aos sujeitos de um modo geral.

De acordo com Lopez (2015), é inegável que a sociedade, por meio da cultura, exerce forte impacto sobre o que um sujeito deve ou não levar em conta ao realizar um comportamento. Ela, de forma mais ou menos subjetiva, insere o conceito de dever e de possível castigo diante a uma determinada situação. Ou seja, toda forma de infração do “dever” precisa ser o mais brevemente possível ser castigada, não ficando impune; e uma vez castigada, subjetivamente existe a ideia que houve o “restabelecimento” do senso de equilíbrio social da justiça.

1.3 Tipologia das atitudes morais

De acordo com Lopez (2015), cada ser humano orienta suas ações e desejos de acordo com pressupostos subjacentes, fruto da interação entre instinto e emoções que predominam em sua carga psicológica e de traços fenóticos.

Segundo La Taille (2007), partindo de uma perspectiva psicológica, para que haja uma compreensão das razões de emissão de um comportamento moral nos sujeitos, é necessário conhecer qual a perspectiva ética adotam, pois, segundo o autor, em uma ação pressupõe “a existência e a força do sentimento de obrigatoriedade moral está [...] na dependência dos rumos que toma a expansão de si próprio”, ou seja, apenas irá se sentir obrigado a acatar determinadas regras e deveres sociais quem atribui a eles um valor.

Portanto, cabe fazer uma reflexão quanto às características que embasam a arquitetura dos atos morais. La Taille (2007, pg. 51) ressalta que:

Se assumirmos que quem age moralmente o faz porque interpreta tal ação como coerente com uma busca de atribuição de valor a si próprio, não estaremos assim aceitando o fato de as ações morais serem “interessadas”? Ora, a moral não é justamente o campo das ações desinteressadas? do sacrifício de si? da abnegação de si, até mesmo da própria vida? Não há dúvidas que a moral frequentemente implica abandonar os próprios interesses, mas nem por isso ela é “desinteressada”. Devemos, portanto, começar pensando um pouco mais sobre essa noção de “interesse”.

A ideia de que agir moralmente significa em alguns casos ter a habilidade de abandonar interesses pessoais, desejos, querer e a vontade. Cabe ainda destacar que tais atributos podem ser entendidos como similares no senso comum, todavia, cada um guarda em si propriedades particulares sutis que os distinguem: Desejo é algo que por definição é efêmero, ele vem e vai, e pode se conectar e desconectar dos contextos; já o “querer” tem um determinado alvo, “quero isso...”, “não quero isso...”, portanto, existe um objeto de desejo específico que, de certa forma, ao ser escolhido, irá cobrar o abrir mão de várias outras opções disponíveis. Já a vontade diz respeito a uma inclinação mental e disposição para sair do lugar em que se encontra e ir em direção a algo pretendido.

1.4 Funções executivas

De acordo com Serafim, Ribeiro e Malloy-Diniz (2015) na interface entre Direito e Psicologia, onde ambos têm como objetivo o entendimento do comportamento humano, conhecer melhor a relação entre conduta e o funcionamento mental, irá requerer a busca por compreender a complexidade por trás de cada uma dessas dimensões.

No Direito, via de regra existe uma distinta conceituação quanto à normatização das sociedades, que surge de um princípio legal de determinação da racionalidade, que enfatiza que (Serafim, Ribeiro & Malloy-Diniz, 2015, pg. 121):

A pessoa precisa provar que é saudável do ponto de vista mental (lucidez, ausência de loucura), capaz de perceber, compreender, raciocinar, planejar e executar (capacidade de entendimento), e que tem controle sobre suas emoções e seus impulsos (capacidade de autodeterminação) (Serafim, Ribeiro & Malloy-Diniz, 2015).

Assim, quando um sujeito age em desacordo com as regras sociais, e no ato de emissão do comportamento ele prevalece com o domínio do autocontrole e da razão, tem-se a possibilidade de imprimir a imputabilidade em relação às questões penais e à capacidade para as questões cíveis; caso contrário, onde se prevaleça a ausência de razão e de comprometimento sobre o autocontrole, o sujeito é considerado inimputável e incapaz para questões cíveis (Serafim, Ribeiro & Malloy-Diniz, 2015).

Então, conviver em ambiente civilizado requer constantemente o uso das habilidades cognitivas, emocionais e afetivas, que irão nos capacitar a compreender múltiplas demandas sociais. Assim, podermos dirigir nossos comportamentos e pautar nossas atitudes nas regras socialmente estabelecidas. Nossas escolhas, portanto, precisam levar em conta nossos desejos pessoais e o bem-estar coletivo; analisar e relação entre vantagens e desvantagens de emitir um comportamento em um determinado contexto a curto, médio e longo prazos; aprimorar a capacidade de adiar recompensas, ser apto a identificar pistas sociais para nortear comportamentos, são competências importantes de serem desenvolvidas (Serafim, Ribeiro & Malloy-Diniz, 2015).

Lidar com demandas sociais tão complexas, nos mais diferentes contextos, é viável a partir do desenvolvimento enquanto espécie das Funções Executivas -FE. Para alguns autores, o termo FE é considerado um tema guarda-chuva, pois, abarca diversas habilidades cognitivas. Inúmeros processos cognitivos estão envolvidos nas FE em relação à solução de problemas como (Serafim, Ribeiro & Malloy-Diniz, 2015, pg. 123):

- Definição de um objetivo;
- Seleção de métodos para que o objetivo seja alcançado;
- Escolha, implementação e monitoramento de estratégias;
- E reflexão quanto à eficácia da escolha e direcionamento da conduta.

De acordo com Lesak apud Serafim et al. (2015) as FE envolvem também:

- Capacidade de iniciar ações;
- Planejar e prever meios de resolver problemas, antecipar consequências;
- E mudar as estratégias de modo alternado, monitorando o comportamento passo a passo e comparando os resultados parciais com o plano original.

Conforme Serafim, Ribeiro e Malloy-Diniz (2015), ao considerar princípios citados é possível intuir a importância das FE no campo da prática forense, pois, sua avaliação no processo possibilita:

- a) caracterizar (in)sanidade;
- b) avaliar capacidades mentais para exercer determinadas funções;
- c) avaliar capacidade de autodeterminação;
- d) avaliar incapacidade decorrente dos quadros psicopatológicos;
- e) avaliar déficits e incapacidades nos quadros neuropsiquiátricos;
- f) avaliar condição funcional.

Como bem salienta Lezak et al. apud Serafim et al. (2015), as FE são desempenhadas em uma sequência temporal ligadas aos processos de volição, planejamento, ação intencional e desempenho efetivo.

A volição está ligada à intencionalidade do comportamento e depende de fatores motivacionais, além da consciência do entorno e de si. O planejamento envolve a percepção e a organização de estágios e passos necessários para execução de uma intenção. A ação intencional está ligada à capacidade de permanecer em um propósito, alternar e parar ações sequenciais complexas de formas ordenada e integrada.

Já o desempenho efetivo é o resultado da utilização da aptidão para automonitorar, autorregular o comportamento e a ação (Serafim, Ribeiro & Malloy-Diniz, 2015).

Para que seja válida a utilização dos dados de uma avaliação em um contexto jurídico é condição fundamental que o profissional tenha notório saber, saiba interpretar os dados e a relação entre cérebro e comportamento; bem como ser capaz de escolher instrumentos de avaliação das FE que sejam validados, baseados em evidências e pautados na capacidade de fornecer as informações com validade ecológica em relação aos mecanismos subjacentes dos déficits, transtornos e síndromes cognitivas.

2 SAÚDE MENTAL E DIREITO

De acordo com Serafim, Moraes e Saffi (2016) a avaliação neuropsicológica em um contexto judicial não deve ser vista de uma forma reducionista, em que as questões Biológicas, psicológicas, sociais são levadas mais em conta do que o contexto, em razão da emissão de um comportamento supostamente ou não, delitivo. Portanto, cabe fazer uma reflexão sobre a saúde mental e a busca por repostas com base em evidências, sobre o grau de responsabilidade e a capacidade jurídica.

A relação entre saúde mental e o direito é sempre pautada na busca por comprovação ou não de um problema, tendo como base o trinômio: cérebro, mente e comportamento. Ao levar em consideração a problemática nesse trinômio, no contexto do

direito sempre irá pairar uma dúvida em relação à real condição da saúde psíquica de uma pessoa quando ocorre um fato, bem como levantar questionamentos referentes às prováveis alterações repercutiram ou vão continuar a repercutir no autocontrole e na autonomia do sujeito. Segundo Serafim, Moraes e Saffi (2016, pg.12):

Sabe-se que o objetivo da avaliação neuropsicológica é estudar a expressão das disfunções cerebrais sobre o comportamento, lembrando que essas disfunções podem resultar de lesões, doenças degenerativas, quadros psiquiátricos e doenças que têm a disfunção neurológica como sintoma secundário (quando a disfunção não é detectada por meio de exames clínicos), bem como de estímulos estressantes puramente psicológicos, como nos quadros de estresse pós-traumático. E, como enfatizou Groth-Marnat (2000), essa avaliação é realizada por meio de testes organizados em baterias, os quais fornecem informações diagnósticas e permitem confirmar, ou não, as hipóteses iniciais sobre a pessoa avaliada.

Com base na avaliação neuropsicológica é possível delimitar quais funções cerebrais estão preservadas, quais estão prejudicadas e sua extensão de déficit. Para tal pressupõe-se que o profissional possua um amplo domínio técnico/científico específico, que irá contribuir no sentido de trazer mais luz a um procedimento processual. Produzindo material “probatório” que irá contribuir para que o juiz possa formar, por meio de documentação técnica do fato, circunscrito em um laudo, o seu livre convencimento, para o direito (Serafim, Moraes & Saffi, 2016, pg. 13):

A avaliação neuropsicológica para ações judiciais, além da identificação de uma alteração, busca-se principalmente, para a tomada da decisão judicial, investigar e identificar o quanto essa alteração compromete a pessoa em seus direitos e deveres. A relevância dessa condição atrela-se ao contexto jurídico, visto que, para a área do Direito, não basta ter a doença, deve-se provar que ela provoca incapacidades ou interfere na responsabilidade de seu portador. E, para tal, serão descritos os objetivos da perícia de acordo com as diferentes questões judiciais.

A avaliação em contexto jurídico precisa ser muito bem demarcada, levando em consideração as múltiplas necessidades das várias varas processuais e de execução. Cabe ao profissional ter noções sobre quais os objetivos, o que se pretende avaliar e quais as funções a serem avaliadas nos mais diferentes contextos judiciais. Abaixo apresentamos no âmbito da vara criminal alguns exemplos de aplicabilidade de neuropsicologia.

- Vara criminal (processual e de execuções):

Objetivo

Em casos de dúvidas quanto à veracidade das informações coletadas, avaliação de (in)sanidade mental, problemas envolvendo uso de substâncias psicoativas ou pessoas farmacodependentes, em casos de solicitação de progressão de pena e análise de casos de suspeição de medida protetiva.

O que avaliar?

A capacidade de imputação de responsabilidade, eficiência e eficácia dos processos de reinserção social, probabilidade de reincidência em delitos e a cessação de periculosidade.

Funções cognitivas avaliadas

Funções executivas (raciocínio, controle inibitório, capacidade de planejamento, impulsividade) flexibilidade mental, aptidão para concatenar ideias, símbolos e regras, percepção de valores morais e avaliação da personalidade.

3 METODOLOGIA

No que tange às ferramentas metodológicas, aponta-se que as pesquisas se embasaram principalmente em artigos científicos — periódicos —, livros e reportagens visando fundamentar o método da ciência jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conceitos neuropsicológicos, como atenção, memória e funções cognitivas são cada vez mais fruto de constantes estudos por parte da Psicologia e a produção científica sobre essas dimensões, pode ser usada de forma assertiva pelo Direito e possibilitar o melhor entendimento das ações humanas e suas implicações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, E. H. R. Ética e Perícia médica; in: Perícia médica: consulta rápida. 1ºed. Pio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017.

ALVAREZ, Héctor Roberto; SARMIENTO, Alfredo. Sobre Psicología del Testimonio y los Juicios por Jurados. Buenos Aires: Ediciones del Eclipse, 1997.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. As três escolas penais. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula: O Novo Juiz e a Administração da Justiça. Repensando a Seleção, a Formação e a Avaliação dos Magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75.

BARROS, D. M; GAETA, A. L; FILHO, G. B. Neurociências forenses, in: Neuropsicologia Forense. Porto Alegre: ARTMED, 2015.

BARROS, D. M; Desafios Bioéticos; in: Introdução à psiquiatria forense. Porto Alegre: ARTMED, 2019.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Revan: Rio de Janeiro, 2002.

BARRA, Maria Beatriz. A clínica psicanalítica em um ambulatório para adolescentes em conflito com a lei. Estudos e pesquisas em psicologia, vol. 7, n. 3, Rio de Janeiro, 2007.

BATISTA, Nilo. A lei como pai. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 2 n. 3, Rio de Janeiro, jan. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Modus vivendi. Roma-Bari: Laterza, 2007.

BISCAIA, L; DE PAULA, M. C. S. Perícia médica: consulta rápida. 1ºed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017.

CALHAU, Lélío Braga. Breves considerações sobre a visão de Jacques Lacan. Disponível em: [<http://www2.forumseguranca.org.br/node/22531>]. Acesso em: 29.03.2021.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e psicanálise: possibilidades de aproximação. Revista de Estudos Criminais, n. 29, Porto Alegre: Notadez, 2008.

_____. FREUD criminólogo: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências criminais. Revista Direito e Psicanálise, vol. 01, p. 107-137, 2008.

CAIRES, M. A. F. Psicologia jurídica: implicações conceituais e aplicações práticas. São Paulo: Vetor, 2003, p. 17.

DAHLKE, Rüdiger. A doença como símbolo – pequena enciclopédia de psicossomática – São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

DIAS, N. M.; MENEZES, A.; SEABRA, A. G. Alterações das funções executivas em crianças e adolescentes. Est. Inter. Psicol. vol.1 no.1 Londrina 2010 disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-4072010000100006 acesso em: 05/05/2021.

FERRACIOLI, J. Neurociências e direito penal: a culpabilidade e o panorama das implicações neurocientíficas. 282 pg. Tese doutorado. São Paulo: PUC, 2018

FONTES, Flávio Fernandes. O conflito psíquico na teoria de Freud. São Paulo: Psyche, dez. 2008, vol. 12, nº 23, p. 1. ISSN 1415-1138.

FREUD, Sigmund. Criminosos em consequência de um sentimento de culpa. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Edição standard brasileira das obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1916. vol. XIV.

_____. O mal-estar da civilização. Obras psicológicas completas. Trad. Jayme Salomão. São Paulo: Imago, 1996. vol. XXI.

_____. Totem e tabu. Obras psicológicas completas. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. vol. XIII.

FIGUEIREDO Dias, Jorge de; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

FROMM, Erich. *Psicoanálisis de la sociedad contemporânea: hacia una sociedad sana*. 6. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1964.

GARRIDO, Eugenio; MASIP, Jaume; HERRERO, Maria Carmen. *Psicología Jurídica*. Madri: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 208.

GOMES, Roberto. *Violência e crime: o vértice da psicanálise*. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, ano/vol. 1, n. 002, Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, dez. 2001. GULOTTA, Guglielmo. *La investigazione e lacorss-examination*. Milano: Giuffrè, 2003.

HOENISCH, Julio Cesar Diniz; Pacheco, Pedro José; Cirino, Carlos da Silva. *Transgressão, crime, neurociências, impasses aos saberes da psicanálise? Estudos de psicanálise*, n. 32, p. 81-90, 2009.

JORGE TRINDADE, Elise Karam Trindade, Fernanda Molinari. *Psicologia judiciária: para a carreira da magistratura - 2. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado*.

LACAN, Jacques. *Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia*. Escritos. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Premissas a todo o desenvolvimento da criminologia*. Outros Escritos. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1984. vol. 1.

MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. *A Prática Moderna da Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito*. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 501.

MORELLI, Antônio. *Responsabilidade*. *Afreudite*, ano III, n. 5/6, 2007.

MOREIRA, J. D. S; MELO, M. R. A.; SANTANA, A. N; MINERVINO, C. A. da S. M. *Desenvolvimento das funções executivas em adolescentes em conflito com a lei: uma revisão sistemática*. *Ver. Neuropsicologia latino-americana*. 2075-9479 Vol 11. No. 1. 2019, 38-47.

MORIN, Edgar. *O Desafio do Século XXI. Religar os Conhecimentos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. *O Interrogatório de Testemunhas. Sua prática na Advocacia*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 90 e seguintes.

PORTO-CARRERO, Júlio Pires. *Criminologia e psychanalyse*. Rio de Janeiro: Flores & Mano, 1932.

- RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. Revan: Rio de Janeiro, 2003.
- SANTOS, F. R.; VELASQUES, B. Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativa. Congresso Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais e Humanidades UFF - Niterói, RJ Setembro de 2012.
- SANTOS, Murili Angeli Dias dos. Psicologia jurídica: implicações conceituais e aplicações práticas. Disponível em: <http://pepsic.bvs-psi.org.br/pdf/psicousf/v10n2/v10n2a13.pdf>. Acesso em: 18. abr.2021.
- SERAFIM, A. de P.; PACHECO, D. Simulações de déficits cognitivos; in: Neuropsicologia forense. Porto Alegre: ARTMED, 2105 b. http://www.scielo.br/pdf/rpc/v40n3/pt_04.pdf.
- SOARES, Olavo Pinheiro. O cariótipo xyy e a criminalidade. Arquivos Brasileiros de Psicologia Aplicada, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 47-60, fev. 1970
- SÁ, A. A de. Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 111/112.
- TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- VALENÇA, A. M; NASCIMENTO, I; NARDI, A. E. Relação entre crimes sexuais e transtornos mentais e do desenvolvimento: uma revisão Ver. Psiq Clín. 2013;40(3):97-104 disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rpc/v40n3/pt_04.pdf acessado em: 04/2021.

CAPÍTULO 11

CIÊNCIAS FORENSES E PSICOLOGIA JURÍDICA: DIMENSÕES PARA O PROFISSIONAL DO DIREITO

*FORENSIC SCIENCES AND LEGAL PSYCHOLOGY:
DIMENSIONS FOR THE LAW PROFESSIONAL*

Filipe Ewerton Ribeiro Teles¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.11

¹ Pesquisador do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Possui Graduação em Direito pela URCA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0641-2703>. E-mail: felipeteles125@gmail.com

RESUMO

Conhecer os processos de avaliação neuropsicológicos e as dimensões que o compõem é muito relevante ao profissional do Direito. Entender as múltiplas formas de avaliação da Organização Cognitiva, e a aquisição de noções básicas referentes às possíveis alterações nessas aptidões, por certo, aprimora o olhar e a escuta do profissional responsável objetivando a excelência e a verdade dos fatos. Neste capítulo são apresentados alguns aspectos ligados a correlação entre Psicologia jurídica e as ciências forenses, com destaque para a compreensão, o entendimento e a prevenção de comportamentos violentos. Abre-se discussão referente aos impactos que o desenvolvimento tecnológico tem trazido para a vida como um todo. Dessa forma, é possível perceber algumas transformações causadas pelas substâncias psicoativas sobre a conduta do ser humano, bem como a utilização dos melhoradores de desempenho para meio de adaptabilidade social.

Palavras-chave: Psicologia jurídica. Ciências forenses. Direito.

ABSTRACT

Knowing the neuropsychological assessment processes and the dimensions that compose them is very relevant to the legal professional. Understanding the multiple forms of assessment of the Cognitive Organization, and the acquisition of basic notions regarding the possible changes in these skills, certainly improves the look and the listening of the responsible professional aiming at the excellence and the truth of the facts. In this chapter, some aspects related to the correlation between legal psychology and forensic sciences are presented, with emphasis on understanding, understanding and preventing violent behavior. Discussion opens up regarding the impacts that technological development has brought to life as a whole. Thus, it is possible to perceive some transformations caused by psychoactive substances on the conduct of human beings, as well as the use of performance enhancers as a means of social adaptability.

Keywords: Juridical Psychology. Forensic sciences. Right.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com Serafin, Saffi e Rigonatti (2010), o crescimento da violência em todas as suas áreas e dimensões sociais, tem demonstrado a necessidade do aprofundamento sistemático quanto ao conhecimento de questões neuropsicológicas, psicológicas e até mesmo psiquiátricas no que tange à criminalidade, e busca pela manutenção do tecido social via leis e regramentos. Segundo os autores supracitados, “responder as questões relacionadas à saúde mental e à justiça requer uma compreensão multifatorial de todos os processos envolvidos”.

Com o desenvolvimento dos conhecimentos da psicologia e da psiquiatria, os órgãos de justiça receberam contribuição significativa para o aprimoramento do entendimento dos processos que dirigem a saúde psíquica, a vida humana e as normas sociais que subsidiam as ciências forenses.

De acordo com Barros, Gaeta e Filho (2015), as ciências forenses tiveram seu início, como em vários outros locais do mundo, por intermédio do aprimoramento da medicina legal e da psiquiatria. Inicialmente, a prática forense era incumbência exclusiva do médico. Cabia a ele realizar a perícia em saúde mental. Dos peritos, era esperado que pudessem contribuir com dados empíricos sobre o sujeito, obtidos via psicometria, por exemplo, do quociente intelectual (QI) dos exames de personalidade, dentre outros.

É relevante salientar que a cada avanço no campo das ciências psicológica, psiquiátrica e neuropsicológica, novas questões de bioética e de legislação se faz necessário. Atualmente são notórios os avanços que a ciência e as tecnologias têm implementado no dia a dia da população em geral. Como consequência disso, a sociedade em muitos aspectos se vê perdida diante da enxurrada de dados oriundos das novas técnicas disponíveis para avaliação do pensamento e também do entendimento do funcionamento da mente humana.

O que nos faz refletir sobre o futuro que a tecnologia vem desenhando, causando transformações nas relações sociais, problemas ou oportunidade de acesso às novas tecnologias, o impacto na distribuição de renda e, por último, mas não menos importante, gerando a necessidade de que os mecanismos normativos legais sejam desconstruídos, reorganizados para que o bem-estar seja uma constante e a justiça mantenha a ordem social (Barros, Gaeta & Filho, 2015).

Segundo Barros, Gaeta e Filho (2015) “como tudo em ciência, as técnicas em si não são éticas nem antiéticas, mas as consequências legais de seu uso mais moderno ainda precisam ser plenamente compreendidas”, de modo geral, as grandes questões sobre o avanço tecnológico advindo do estudo da mente humana seguem dois grupos de técnicas:

- I- As que manipulam a atividade cerebral (psicofarmacologia e neuropsicologia);
- II- As que monitoram a atividade cerebral (neuroimagem, genética).

Atualmente são notórios os avanços que a ciência e as tecnologias têm implementado no dia a dia da população em geral, como consequência disso a sociedade em muitos aspectos se vê perdida diante da enxurrada de dados obtidos pelas novas técnicas disponíveis para avaliação da mente humana.

Dentre os recursos para modificação da atividade cerebral podemos destacar, conforme aponta Barros (2019), os fármacos, os psicofármacos, as substâncias naturais. A ciência atual tem mostrado um grande apreço pelos melhoradores de desempenho cognitivo, os chamados Cognitive Enhancers, que nada mais são que substâncias e técnicas usadas com intuito de otimizar o desempenho cognitivo de pessoas saudáveis, como por exemplo:

- Substâncias naturais: ginko biloba, cafeína e álcool.
- Psicofármacos controlados (vendidos apenas com prescrição médica): metilfenidato, anfetaminas, memantina, etc.
- Drogas ilegais: maconha, crack e cocaína.

Segundo Barros (2019) cabe ainda ressaltar que há muito tempo vive-se uma constante tentação em considerar comportamentos desviantes da norma como uma “doença”. Portanto, não é de se estranhar que avanços em psicofarmacologia trazem em cena a esperança, ainda que distorcida, de que finalmente é possível encontrar a cura para o “crime”. É possível constatar também que quase todas as drogas psicoativas um dia foram testadas como tentativas viáveis para lidar com os comportamentos desviantes da norma. No entanto, estudos no âmbito mundial demonstram que os resultados mais significativos sobre essa questão, são conseguidos quando se busca ao invés de tratar a questão do “crime”, procurar atuar sobre o controle dos sintomas específicos que circundam o comportamento desviante como: a agressividade, a impulsividade, o excesso de libido, etc. Por certo, estamos diante de dilemas éticos, como por exemplo: o caso dos criminosos sexuais.

É justificativa ética abolir farmacologicamente a sua libido? É permitido submetê-los à castração química em prol da segurança coletiva? Meios técnicos para conseguir barrar a impulsividade já existem, todavia deve-se estabelecer o tratamento enquanto uma pena? As respostas para tais questões ainda permanecem como uma fronteira intransponível.

Há muito tempo o ser humano tem buscado uma diferenciação entre o que é benéfico e maléfico ao homem, qualquer técnica a ser utilizada precisa ser pautada por princípios éticos. Em meados do século XX os códigos de ética foram criados para realizar o balizamento da atuação profissional. Por eles eram operacionalizados os fundamentos essenciais para uma prática profissional.

2 AVALIAÇÕES NEUROPSICOLÓGICAS NO CONTEXTO FORENSE

Ao se tratar dos aspectos forenses ligados às neurociências, uma das técnicas de investigação que mais tem sido estudada é a ressonância magnética funcional-RMf. Essa técnica tem sido extensamente utilizada como uma provável ferramenta para de-

tecção de mentiras, por meio do efeito BOLD (Blood oxygen ation level dependente factors).

Tal efeito é resultado da detecção de uma variação nas proporções de gasto da hemoglobina disponíveis no sangue com e sem Oxigênio, ou seja, regiões do cérebro que ficam mais ativas, apresentam um maior consumo de O₂, revelando assim o papel ativo de uma área específica do cérebro quando é realizada uma tarefa, no caso de alguns estudos, avaliar que áreas estão mais ativas quando o sujeito de pesquisa diz a verdade e quando mente (Barros, Gaeta & Filho, 2015).

Pesquisas tem demonstrado que existem áreas cerebrais importantes responsáveis por controlar o comportamento, muitas vezes tendo o papel de inibir um impulso natural de contar a verdade. Pesquisas vêm mostrando que o ser humano chega a mentir até 80% do tempo gasto em conversas informais. Muito embora modificar a verdade dos fatos com a intenção de causar danos alguém, e obter vantagem seja condenável, os resultados de pesquisas destacam que a maior parte das mentiras contadas serve como elemento constitutivo da manutenção do tecido social, serve como uma “cola social”, pois, ajuda a manter as aparências e o bom convívio entre as pessoas; o que seria de uma sociedade em que todos dissessem apenas verdades?

Bem cedo aprendemos que uma mentira que beneficia ao grupo, é menos condenável que àquela que traz vantagens apenas para a pessoa. Em uma pesquisa que envolveu crianças de 9 a 11 anos, os sujeitos foram colocados diante de situações que podiam dizer a verdade ou mentir; entretanto, se dissessem a verdade, isso iria prejudicar a turma inteira. Os resultados foram surpreendentes, aos 7 anos, 7,2% mentiram; com 9 anos, 16,7% mentiram e aos 11 anos, 29,7%. Esse estudo ainda mostrou que socialmente “aceitamos melhor a mentira altruísta à medida que ficamos mais velhos e condenamos a mentira egoísta” (Barros, Gaeta& Filho, 2015).

Segundo Barros (2019) falar a verdade é considerado correto em qualquer grupo social, mas salienta que a mentira é uma ameaça à medida que fragiliza consideravelmente a base de confiança mútua, importante para a consolidação e a manutenção dos vínculos sociais. No entanto, a mentira também serve como um instrumento que pode ser usado como uma maquiagem para as verdadeiras intenções, vontades e desejos, fazendo com que a verdade possa ser suavizada, sutilmente alterada, de modo a gerar o mínimo de desconforto para uma verdade não tão bem aceita por alguém. O homem, portanto, está sempre tendo que imaginar qual o impacto de suas mensagens para seu ouvinte ou ouvintes, essa manobra que usualmente é realizada, poucas vezes alguém se debruça para tentar compreender que sinais ou informações foram os grandes indicadores que justificavam a necessidade de modelação dos dados. O cérebro,

portanto, está constantemente analisando estímulos e as consequências possíveis para um determinado contexto, inibindo ou intensificando alguns estímulos.

As informações obtidas por neuroimagem com a RMf têm evidenciado que no córtex cerebral pré-frontal dorsolateral e ventromedial e medial superior, tem uma forte ligação com o controle inibitório (função executiva), muitas vezes inibindo o impulso de dizer a verdade; ou seja, diante de uma situação que possa gerar algum prejuízo a alguém, inibimos o comportamento de dizer a verdade. Talvez seja esperado socialmente que, ao receber um presente, o mais elegante seria agradecer, do que dizer que não gostou ou que achou um presente inútil.

Os dados, por certo, não podem ser considerados como categóricos para apontar uma região específica da mentira, um chamado “lobo da mentira”, mas foi possível identificar regiões que apresentaram maior correlação com o ato de mentir, que são as áreas sabidamente ligadas à memória de trabalho (que envolve regiões do hipocampo, da amígdala, dentre outros), estas áreas apresentam relação com os córtex pré-frontal dorsolateral e parietal posterior (Barros, Gaeta & Filho, 2015). O córtex pré-frontal tem se mostrado um grande maestro que rege os comportamentos humanos e é responsável por alterações aberrantes de comportamento quando existem lesões ou alteração metabólica nessa área. Veja algumas áreas que tem forte indício de ligação com o pré-frontal e as possíveis consequências das lesões:

- O córtex pré-frontal tem importantes ligações com o sistema límbico (parte mais voltada ao processamento de informação emotiva), é responsável por gerar emoções como raiva, medo, ira. Cabe ao pré-frontal realizar o controle inibitório para que as respostas emocionais disfuncionais de raiva, vergonha, fúria não façam o sujeito perder o controle emocional e cometer atos passionais.
- As lesões no córtex pré-frontal, no que tange ao controle voluntário do comportamento, podem precipitar atos ou conduta de risco, de irresponsabilidade e de quebra deliberada das regras sociais, o que pode ser marcado também pela presença de comportamentos violentos. Alguns pacientes com lesão nessa região podem ter comprometido o julgamento crítico e cometer atentados violentos ao pudor, se masturbar em público, dizer obscenidades e importunar pessoas.
- Lesões no córtex pré-frontal quanto ao seu impacto sobre a personalidade tem sido alvo de muitas pesquisas. É possível identificar a presença de alterações bem significativas, o sujeito muitas vezes pode comporta-se como se fosse realmente outra pessoa, pode apresentar perda do autocontrole e incapacidade de modificar ou inibir um comportamento.

As informações obtidas por neuroimagem com a RMf têm evidenciado que no córtex cerebral pré-frontal dorsolateral e ventromedial e medial superior tem ligação com o controle inibitório, muitas vezes inibindo o impulso de dizer a verdade. Os dados, por certo, não podem ser considerados como categóricos ao apontar um “lobo da

mentira”, mas foi possível perceber a existência de regiões que apresentaram maior correlação com o ato de mentir.

No entanto, é preciso ter sempre em mente que existe uma diferença significativa a se levar em conta ao fazer uma análise dos modelos experimentais usados para investigar o comportamento de mentir; pois, a mentira normalmente emerge em muitas situações sem um planejamento premeditado, e é desconhecida dos outros, apenas o mentiroso tem ciência de que faltou com a verdade, ou seja, não avisamos que estamos faltando com a verdade, ao passo que nos experimentos, existe a instrução para que o sujeito deliberadamente minta, aspecto que interfere na compilação dos dados de pesquisa e sua aplicabilidade na vida diária. Outro aspecto relevante diz respeito às consequências da mentira, o mentiroso que age deliberadamente, sempre terá que lidar com o risco de ser descoberto, o que pode gerar desconforto, vergonha, prejuízo e descrédito, enquanto que em experimento, não existe risco algum caso não seja convincente com suas afirmações. Tais aspectos tornam-se ainda mais evidentes ao se tentar inserir no âmbito jurídico.

Construir, portanto, uma bateria de testes ou de instrumentos que permitam a identificação da mentira seria um grande achado para que os julgamentos sejam mais justos. Com intuito de contribuir com a busca pela verdade, alguns psicólogos realizam avaliação neuropsicológica, que tem como objetivo dizer se as áreas cerebrais estão com algum comprometimento ou se apresentam suas características funcionais preservadas (Barros, 2019).

De acordo com Serafim, Saffi e Rogonatti (2010), a avaliação neuropsicológica no contexto forense será realizada na fase pericial. Sendo, portanto, um recurso imprescindível para a perícia, pois, essa avaliação é apta para compreender a conduta humana do ponto de vista de organizações personológica, cognitiva e comportamental. Veja alguns aspectos que possam sugerir uma investigação neuropsicológica em contexto forense:

- Suspeita de comprometimento das funções corticais básicas e superiores (córtex pré-frontal) como por exemplo:
- Função motora e praxias: identificação da presença de comportamento psicomotor por lentidão ou agitação, hemiparesia, fadiga, disgrafia. Tais comportamentos são sugestivos de alterações orgânicas.
- Atenção: É um quadro que requer uma destreza mais refinada do profissional para identificar se existe ou não alteração na atenção.

Buscar perceber se o paciente está orientado no tempo e espaço, vigil, apto a distribuir sua atenção diante de múltiplos estímulos de forma assertiva, identificar scores indicativos de controle ou não da distratibilidade, etc; é fundamental para constatar domínio sobre seu testemunho; vale ressaltar que algum comprometimento nos teste-

munhos, no que se refere à atenção do sujeito diante de uma cena, pode estar ligado a quadros inespecíficos, como ansiedade, fadiga e distúrbios psiquiátricos ou de lesões corticais.

Memória: é em geral muito complexa a investigação dessa competência, em razão de não estar localizada em uma área específica, mas ser fruto da ativação de várias áreas corticais. No âmbito forense é muito complexo afirmar que algum ato cometido realmente não é lembrado ou se é simulada uma amnésia.

Compreensão da fala e linguagem: na presença de alteração nessa competência, tem-se a suspeita de que possa haver alguma alteração ou lesão no hemisfério cerebral esquerdo, pois, a ele é atribuída a compreensão da linguagem (área Wernicke) e a área motora da fala (área de Broca). As alterações mais comuns são: transtornos da fala, disartria, gagueira, mutismo e aprosódia.

Orientação espacial: marcada pela aptidão para se orientar no tempo e espaço de forma coerente, compreendendo ações, omissões e consequências. Vários mecanismos neuropsicológicos podem alterar essa função, como demências, delirium leve (estado confusional) até lesão no lobo parietal direito.

Doenças do sistema nervoso central SNC: alterações nessa dimensão podem causar alterações aberrantes de personalidade em seus aspectos caracterológicos, ocasionando comportamentos inadaptados e estereotipados. Lesões no SNC na região cerebral do lobo frontal podem causar várias alterações, como por exemplo: perda do controle inibitório (o sujeito torna-se impulsivo, age sem a capacidade reflexiva quanto as consequências de suas ações), desinibição (praticando atentados violentos ao pudor), não seguir comandos, não planejar suas ações, dentre outros.

De acordo com Serafim, Saffi e Rogonatti (2015) a perícia criminal é acionada todas as vezes que recaem dúvidas quanto às integridades cognitiva, emocional e afetiva de um sujeito que comete ato ilícito, conforme rege o art.149 do código de processo penal. Quando houver dúvida referente à aptidão cognitiva de um acusado, o juiz dará ordem de ofício, ou por meio de requerimento ao ministério público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão, cônjuge do acusado, para que o acusado possa ser submetido a exame médico-legal.

Vale ressaltar que esse exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, via representação da autoridade policial ao juiz competente. O juiz, portanto, irá determinar um curador do acusado, quando determinar a realização do exame, ficando assim suspenso o inquérito, se já iniciada a ação penal, à exceção de quando as diligências causem prejuízos ao processo.

A perícia na vara criminal pode ser requerida em seus três momentos:

- fase investigativa policial;
- fase processual;
- e fase execução penal.

Quanto ao objetivo da avaliação neuropsicológica, em contexto jurídico, recai para a responsabilidade de analisar, considerando quadros, por exemplo, de farmacodependência, dúvidas quanto à veracidade das informações colhidas, a confirmação ou não da suspeita de insanidade mental, bem como em momentos de solicitação de progressão de pena e exame de suspensão de medida de segurança. Avalia-se nesses casos a aptidão para imputação de responsabilidade, a avaliação da eficácia do processo reeducativo, avaliar a aptidão ou não para reinserção social, identificar da probabilidade de reincidência de atos impulsivos e também para tentar atestar cessação de periculosidade.

No que se refere às funções cognitivas avaliadas são destacadas as funções executivas, flexibilidade mental, compreensão de regras normas e valores sociais, planejamento, avaliação da personalidade, todos aspectos emergindo e constituindo o comportamento humano (Serafim, Saffi & Rogonatti, 2015).

De acordo com Ferraciolli (2018) as neurociências vêm a cada dia levantando dados que indicam que o comportamento humano é governado pelo cérebro, por meio de processos neuroquímicos e neurobiológicos. Todavia, pode-se atestar que mesmo existindo um vasto conhecimento sobre o funcionamento do cérebro, muitas perguntas ainda permanecem sem respostas objetivas, como por exemplo: os comportamentos desviantes da norma ou imprevisíveis realmente o são? Existia intenção consciente para agir? Responder a tais perguntas iria contribuir significativamente para a dosimetria de uma pena ou absolvição de um réu.

Diversas dúvidas ainda pairam sobre quanto do comportamento do homem é conduzido pelos processos consciente e inconsciente, no entanto, acredita-se que no processo de tomada de decisão, ambos estão em cena com diferentes proporções.

É possível perceber, que alguns danos no córtex cerebral desencadeiam alterações significativas no comportamento, por vezes, gerando comportamento violento, impulsividade, alteração na libido, dentre outras. Os quadros de demências, Parkinson, Doença de Pick podem ter seus primeiros sintomas identificados pela presença de alterações significativas no comportamento (Ferraciolli 2018).

Vale ressaltar que existe conceitualmente uma diferenciação significativa entre o sujeito com apetite sexual somente voltado para crianças - pedofilia -, e o sujeito

que pratica atos sexual com crianças. Nem todo sujeito que pratica violência sexual com uma criança, se enquadra dentro dos critérios diagnósticos de pedofilia. É preciso ainda investigar mais profundamente os comportamentos, para que os verdadeiros pedófilos sejam identificados e tratados.

3 QUADROS NEUROPSIQUIÁTRICOS NO CONTEXTO FORENSE

A avaliação neuropsicológica tem como objetivo realizar uma avaliação sistematizada de alterações disfuncionais do comportamento, relativas à atividade cerebral normal, ocasionadas por doenças, lesões, e possui como foco avaliar quais atividades se encontram preservadas, parcialmente preservadas ou totalmente alteradas, bem como identificar quais habilidades estão preservadas referentes à percepção, raciocínio, memória, controle inibitório, planejamento, orientação, dentre outras, afim de atestar seu comprometimento ou não (Serafim & Pacheco, 2015).

De acordo com Serafim e Pacheco (2015) a avaliação de competências cognitivas preservadas pode parecer um tanto quanto estranha, mas no âmbito jurídico isto tem uma relevância muito grande, pois, em um primeiro momento pode parecer paradoxal o uso da avaliação neuropsicológica para atestar que um sujeito não apresenta déficits cognitivos ou algum comprometimento no seu sistema nervoso central; contudo, no contexto jurídico, isso de forma alguma é contraditório, pois, com os diversos objetivos e interesses, as pessoas que não têm apreço pela justiça tendem a relatar prejuízos de ordem cognitiva como uma tentativa de se beneficiar juridicamente (obter algum tipo de ganho secundário).

Apresentamos uma breve descrição de alguns quadros neuropsiquiátricos que carecem de maiores pesquisas por parte de profissionais, uma vez que estão subaproveitadas no contexto jurídico e também do meio médico, eis alguns quadros:

- **Infanticídio:** O perito precisa avaliar vários aspectos sobre a presença ou não de um quadro de doença mental por parte da mulher, avaliar suas condições clínicas e psiquiátricas no ato, antes da ação, se houve alguma omissão. Vale ressaltar que é crescente o número de mulheres com depressão pós-parto, o que pode ser um agente complicador para o tratamento e a culpabilização.
- **Disforia pós-parto:** Quadro marcado por alterações leves no humor mais deprimido, geralmente não apresentando gravidade, pode ocorrer entre sete a dez dias após o parto.
- **Psicose pós-parto:** O quadro é mais grave, marcado pela presença de uma agitação motora, pensamento delirantes, alucinações. É um quadro que requer cuidados e é necessário um aprofundamento mais detalhado do caso, pois, devido a este quadro psicótico, em tese, a mulher deve usar antipsicóticos. Todavia ao usar, a mãe precisa abrir mão de fazer o aleitamento materno. Portanto, fica a questão, não medicar a mulher para que possa amamentar, ou impedir o bebê de ser amamentado e, assim, minimizar a chance de apego mãe e filho.

- Stalking: Marcado como um tipo de violência psicológica, em que existe uma crença por parte do sujeito de que alguém está perseguido. Tal quadro é muito complexo de se averiguar, pois, muitas vezes o chamado perseguidor pode mentir, ou realmente não estar fazendo importunação; mas sim que está seguindo normalmente padrões de hábitos e não de perseguição a uma pessoa.
- Dependência química: O profissional, médico ou psicólogo, irá se valer dos instrumentos padronizados para identificar a presença de incapacidade para controlar o comportamento adicto. Com a presença de alguma substância psicoativa, muitas ações praticadas ou tomadas de decisão podem estar imensamente comprometidas; fato que torna o julgamento muito mais complexo, pois, a imputabilidade no momento da ação pode estar em jogo.
- Retardo mental: É um quadro neuropsiquiátrico complexo, de causa multifatorial, marcado pela redução significativa das habilidades cognitivas, laborais e sociais em diferentes dimensões. Em alguns quadros é preciso uma avaliação muito criteriosa para que seja declarado inimputável, ou atestar ser alguém pródigo.

Por certo, não se esgotaram os quadros neuropsiquiátricos acima, pretendeu-se apenas fazer um recorte sobre alguns temas que, muitas vezes, passam despercebidos na ceara jurídica. Cabe aqui ressaltar ainda que, a avaliação neuropsicológica é um importante facilitador na busca por entendimento das ações e a compreensão de alguns desvios de comportamento.

4 JOVENS INFRATORES E QUESTÕES NEUROPSICOLÓGICAS

Em um estudo bem específico para avaliar por neuroimagem informações verdadeiras, foi solicitado que pessoas vissem cerca de 200 faces e depois de uma hora, era pedido que identificassem dentre 400 imagens as faces que realmente haviam visto. Por meio da análise das imagens, identificadas durante a tarefa, foi possível distinguir regiões do cérebro mais ativas, no momento em que aparecia uma imagem familiar, o que identificava se as pessoas estavam, de fato, vendo ou não uma face familiar. Este experimento, apesar de obter índice de acerto em cerca de 75 a 95%, sendo considerado como uma técnica estatisticamente significativa, ou seja, a ativação do córtex cerebral não se dava por obra do acaso, mas sim por seguir a lógica do modelo experimental, o que demonstra ser uma técnica útil para atestar se alguém viu ou não uma determinada pessoa. No entanto, em termos jurídicos é bastante complexo utilizar como base uma prova que possui até 25% de chance de estar errada (Barros, Gaeta & Filho, 2015).

Todavia, é sempre bem-vindo em todas as áreas científicas o implemento das novas tecnologias para suplantarem limitações quanto à investigação da ação humana, se intencional ou não. Na corte dos EUA eles utilizam o “Padrão Daubert” para permitir a admissibilidade de uma nova técnica nos tribunais, que são:

- Padrão Daubert admissibilidade da validade de uma técnica

Teste empírico: é primordial que a técnica seja testável, segundo os padrões científicos vigentes.

Publicações científicas: a técnica precisa ter sido alvo de publicação em revistas científicas indexadas, passando pelo processo de revisão por pares.

Taxas de erro: deve haver informações bem descritas sobre os níveis de significância, graus de certeza, acurácia e precisão, etc.

Padronização e controles: para ser utilizada, a nova tecnologia deve já ser padronizada e com eficiente grau de controlabilidade.

Aceita pela comunidade científica: embora sempre possa haver controvérsia na fundamentação teórica, de forma geral, a comunidade científica deve já reconhecer a técnica.

Estudos mostram que a adolescência é marcada por um período de grandes transformações e uma fase importante de transição.

Nesse período ocorrem muitas alterações significativas no corpo, na circuitaria cerebral, bem como ocorre o aprimoramento da maturidade cognitiva e da capacidade para realizar juízo crítico. Aspectos estes que ajudam a promover um maior entendimento dos seus próprios atos, e contribuem para maior controle sobre suas atitudes e aptidão para analisar consequências e suas implicações no futuro. Nesse período acontece também o desenvolvimento das funções executivas (Moreira, Melo, Santana & Minervino, 2019).

Moreira et al. (2019) apresentam uma definição bem clara do que é, e também quais as competências estão ligadas às funções executivas destacando que elas se referem a um conjunto intrincado de processos cognitivos voltados à realização de comportamentos que possuam algum objetivo determinado. O seu funcionamento permite a motivação para a realização das atividades diárias, a tomada de decisões imediatas, como por exemplo, a escolha de quais palavras serão elencadas para constituir uma frase que melhor descreva um fato.

De acordo com Dias, Menezes e Seabra (2010), quando existe a presença de comprometimento nas habilidades executivas, circunstância denominada Síndrome disexecutiva, o sujeito pode apresentar alterações cognitivo-comportamentais nas mais variadas formas. Dentre muitas alterações, destacamos as associadas a um prejuízo nos seus componentes processuais, o que impõe uma série de problemas na vida cotidiana, tais como:

- Dificuldades na seleção de informação: os dados não são percebidos ou distorcidos de forma que a leitura da realidade fica comprometida.
- Distratibilidade: o sujeito muitas vezes pode perseverar, ficar fixo em um comportamento sem conseguir manejar sua atenção para outros estímulos de forma adequada, ou também seu comportamento inverso, o indivíduo não consegue fixar sua atenção de forma voluntária e manter seu foco.
- Dificuldades na tomada de decisão: a pessoa tem dificuldade para elencar dentre as várias opções aquela que melhor se adéqua ao momento.
- Problemas de organização: o sujeito mostra muita limitação para organizar pensamentos ou atos.
- Comportamento perseverante ou estereotipado: a presença de movimentos de pêndulo, repetir palavras, frases e etc.
- Dificuldade no estabelecimento de novos repertórios comportamentais tendendo ao imediatismo comportamental.
- Dificuldades de abstração e de entendimento antecipado de consequências de seu comportamento.

De acordo com Moreira et al. (2019) os mecanismos cerebrais que estão relacionados com o desenvolvimento das FE têm início na infância e se estendem até a adolescência. Na adolescência, portanto, ocorre um processo de Especialização das FE que vai se desenvolvendo e aprimorando até a vida adulta, em que ao alcançar a maturidade, ocorre estabilização, e gradativamente com o avançar da idade vai se declinando com o envelhecimento.

Portanto, na adolescência, como aponta Moreira et al. (2019, pg. 40) é possível observar que:

A adolescência é um importante período no processo de desenvolvimento das FE, considerando tanto esta diferenciação das habilidades, quanto os problemas da ordem do desenvolvimento cognitivo que podem surgir ou ser agravados nesta fase da vida, gerando maior comprometimento de funções sociais e ligadas à maturação biológica do sistema nervoso central.

Diversos pesquisadores das FE compreendem que existe uma tríade no desenvolvimento das funções executivas.

Em relação ao controle inibitório, entende-se que ele possibilita o comando dos comportamentos, fazendo sobreposição das predisposições internas ou externas, visando a adaptação diante de situações conflitivas. Já a memória de trabalho é compreendida como um intrincado sistema que compete o armazenamento e a manipulação das informações contidas na memória de curto e longo prazos. Por fim, a flexibilidade cognitiva age no sentido de realizar um compilado de alternativas de ação e, mesmo após uma escolha de ação, permitir a disponibilidade em alterar uma reposta emitida à medida que novas informações são inseridas na equação das situações problema. (Moreira et al., 2019)

Segundo Moreira et al. (2019) o desenvolvimento das FE se dá em ordem sequencial:

1. Memória de trabalho: nessa memória estão registradas as repostas neurobiológicas que vêm sendo armazenadas ao longo da vida. A memória de trabalho dá suporte ao controle inibitório para que a informação ao ser processada, permaneça no campo atencional, permitindo a identificação e a avaliação do que é relevante, neutro ou irrelevante, aspecto que minimiza a incidência de erros por inibição de repostas não adaptadas. O que posteriormente será retornado à memória para que fique disponível sempre que necessário.
2. Controle inibitório: aptidão para inibir repostas desadaptadas. É uma competência básica para o bom desempenho da memória de trabalho, pois, para se manter com foco em um determinado estímulo é importante realizar a ação ativa de inibir distrações internas e externas, bem como é necessário suplantam padrões consolidados de pensamento e poder recombina ideias e elaborar novos conceitos.
3. Flexibilidade cognitiva: diz respeito à aptidão para pensar múltiplas estratégias para alcançar um objetivo determinado, chamado de “think out side the box”. Para tal, faz-se necessário o acesso à memória de trabalho e ao controle inibitório.

Sendo assim, a avaliação neuropsicológica pode ser um excelente aliado para que os princípios do Direito possam ser respeitados e a sociedade possa se valer de regramentos mais próximos e coerentes com a realidade.

5 METODOLOGIA

No que tange às ferramentas metodológicas, aponta-se que as pesquisas se embasaram principalmente em artigos científicos – periódicos –, livros e reportagens visando fundamentar o método da ciência jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho buscou-se apresentar informações pertinentes, para que seja possível compreender um pouco melhor os processos que dirigem e fundamentam a saúde psíquica. Conhecer sobre os processos que estruturam toda uma forma do sujeito compreender sua realidade, que por sua vez, o possibilita fazer análises de consequências de suas ações, intenções, vontades e desejos, é fundamental para que o sujeito tenha melhores aptidões para processar sua habilidade de tomada de decisão. Ressaltamos ainda que, a tomada de decisão não se resume apenas na emissão de um comportamento delituoso ou não; pois, existe a possibilidade de que alguém manipule informações disponíveis, de forma que outras pessoas distorçam a realidade e acabem cometendo um ato criminoso, muitas vezes sem se dar conta de que foi manipulado, pois, tomou uma decisão com base nas informações disponíveis, mas que estavam desconexas com a realidade objetiva.

REFERÊNCIAS

- BARROS, D. M; GAETA, A. L; FILHO, G. B. Neurociências forenses, in: Neuropsicologia Forense. Porto Alegre: ARTMED, 2015.
- BARROS, D. M; Desafios Bioéticos; in: Introdução à psiquiatria forense. Porto Alegre: ARTMED, 2019.
- BISCAIA, L; DE PAULA, M. C. S. Perícia médica: consulta rápida. 1ºed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017.
- CAIRES, M. A. F. Psicologia jurídica: implicações conceituais e aplicações práticas. São Paulo: Vetor, 2003, p. 17.
- DIAS, N. M.; MENEZES, A.; SEABRA, A. G. Alterações das funções executivas em crianças e adolescentes. Est. Inter. Psicol. vol.1 no.1 Londrina 2010 disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-4072010000100006 acesso em: 05/05/2021.
- FONTES, Flávio Fernandes. O conflito psíquico na teoria de Freud. São Paulo: Psyche, dez. 2008, vol. 12, nº 23, p. 1. ISSN 1415-1138.
- FIGUEIREDO Dias, Jorge de; Andrade, Manuel da Costa. Criminologia – o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A Prática Moderna da Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. São Paulo: Millennium, 2008, p. 501.
- MOREIRA, J. D. S; MELO, M. R. A.; SANTANA, A. N; MINERVINO, C. A. da S. M. Desenvolvimento das funções executivas em adolescentes em conflito com a lei: uma revisão sistemática. Ver. Neuropsicologia latino-americana. 2075-9479 Vol 11. No. 1. 2019, 38-47.
- MORIN, Edgar. O Desafio do Século XXI. Religar os Conhecimentos. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. O Interrogatório de Testemunhas. Sua prática na Advocacia. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 90 e seguintes.
- SANTOS, Murili Angeli Dias dos. Psicologia jurídica: implicações conceituais e aplicações práticas. Disponível em: <http://pepsic.bvs-psi.org.br/pdf/psicousf/v10n2/v10n2a13.pdf>. Acesso em: 18. abr.2021.
- SERAFIM, A. de P.; PACHECO, D. Simulações de déficits cognitivos; in: Neuropsicologia forense. Porto Alegre: ARTMED, 2105 b. http://www.scielo.br/pdf/rpc/v40n3/pt_04.pdf.
- SOARES, Olavo Pinheiro. O cariótipo xyy e a criminalidade. Arquivos Brasileiros de Psicologia Aplicada, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 47-60, fev. 1970
- SÁ, A. A de. Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: Ed. RT, 2007.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 111/112.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPÍTULO 12

PSICOLOGIA JURÍDICA E DIREITO: A COMPLEMENTARIEDADE NA COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO DELITIVO

*PSYCHOLOGY AND LAW: COMPLEMENTARITY IN
UNDERSTANDING CRIMINAL BEHAVIOR*

Filipe Ewerton Ribeiro Teles¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.12

¹ Pesquisador do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Possui Graduação em Direito pela URCA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0641-2703>. E-mail: felipeteles125@gmail.com

RESUMO

Neste capítulo são exploradas a teoria do conflito e as relações que existem entre a Psicologia e a área do Direito. A ideia de que exista intrincados pensamentos ético e moral, que permeiam ambas as profissões, contribuem para o melhor entendimento do ser humano, tanto do ponto de vista intra quanto inter-relacionado. Uma concisa apresentação das vicissitudes ligadas ao ato de testemunhar relaciona ainda mais essas duas áreas e torna o papel de cada relacionado umbilicalmente ao outro.

Palavras-chave: Psicologia. Direito. Relações.

ABSTRACT

This chapter explores the theory of conflict and the relationships that exist between psychology and the area of law. The idea that there are intricate ethical and moral thoughts, which permeate both professions, contribute to a better understanding of the human being, both from an intra and interrelated point of view. A concise presentation of the vicissitudes linked to the act of witnessing further links these two areas and makes the role of each umbilically related to the other.

Keywords: Psychology. Right. Relations.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Dimensões Psíquicas e Direito

Para possibilitar o entendimento da dinâmica complexa de estruturação dos mecanismos psíquicos que dão subsídio para a consolidação da sociedade como a conhecemos hoje, fez-se necessário realizar um fracionamento de áreas do conhecimento das ciências humanas.

Seguindo de certa forma os preceitos determinados por Descartes, segundo o qual aponta que, para se entender um problema complexo, é necessário realizar a fragmentação do mesmo, em pequenas partes mais objetivas, estudá-las de forma pormenorizada, e uma vez entendendo cada uma das partes, pode-se ter subsídio para conseguir compreender o todo. Dessa forma, a fragmentação das áreas científicas ocorreu para possibilitar seu estudo, bem como pela perceptível impossibilidade de se entender de forma ampla e satisfatória toda a fenomenologia por trás das atitudes do ser humano.

Neste trabalho será realizado um recorte abordando as dimensões psíquicas, físicas e morais no entendimento da ação do homem no mundo, não pretendendo com

isso, esgotar todas as relações possíveis entre esses constructos destacados para o entendimento do comportamento humano.

Na dimensão psíquica, de acordo com Lago (2009), não é fácil fazer uma delimitação precisa quanto ao início da estruturação da junção da Psicologia com o Direito. Pode-se, no entanto, atestar que tal relação se deu de forma gradual e lenta, principalmente em casos onde era possível a identificação de algum desvio da normalidade, em que crimes eram cometidos por pessoas com graves comprometimentos cognitivos ou de desvio de comportamento (personalidade antissocial, no passado denominados psicopatas).

Segundo Lago (2009) quanto à interpelação entre Direito e Psicologia, ela se dá porque ambos apresentam como alvo o mesmo objeto de estudo, o comportamento humano e suas implicações. Essas duas áreas temáticas do saber, cada qual seguindo seus pressupostos básicos e referenciais teóricos, obedecendo suas especificidades epistemológicas, pretendem contribuir para que se viva em uma sociedade mais respeitosa, equânime e feliz. Dessa forma, entendemos que Direito e Psicologia estão condenados a andar de mãos dadas, pois, se a Psicologia é fundamental para o Direito, mais que qualquer outra coisa, é essencial para a Justiça.

O campo de atuação do psicólogo jurídico por muito tempo foi restrito à área de avaliação dos casos, sendo pouco acionado para que faça alguma intervenção sobre os temas aos quais se fizessem necessários possuir um parecer técnico de um profissional, que estude e atue sobre demandas da ordem emocional e comportamental em pacientes com comprometimento intelectual.

Ambos os ramos do conhecimento, cada qual a seu modo, de acordo com suas especificidades epistemológicas, pretendem construir uma sociedade mais equânime, mais justa e mais feliz. Por isso, advogamos que Direito e Psicologia estão “condenados” a dar as mãos. Com efeito, pois, se a Psicologia é fundamental para o Direito, mais que qualquer outra coisa, é essencial para a Justiça.

A Psicologia enquanto ciência é oriunda da Filosofia, a ciência mãe do conhecimento e é uma ciência emergente de um dos braços da Medicina. Os entendimentos criativos dos dados clínicos observados em sujeitos com déficits cognitivos (percepção, memória, linguagem e funções executivas), a aplicação de métodos experimentais pautados no rigor científico de análise do comportamento humano, formam o embrião da Psicologia enquanto ciência (Lago, 2009).

Dessa forma, é possível perceber que as ciências na modernidade se constituem mais por interações de saberes, do que por isolamentos em ilhas de conhecimento. Por-

tanto, a constante busca por entendimento científico e, posteriormente, sua conjunção com outros campos do saber, servem para erguer e fundamentar um alicerce que dê subsídios metodológicos de sustentação para as constatações e entendimento de causa e efeito para um determinado comportamento observado.

E permitir ao final, melhores chances para interconectar múltiplos saberes e compor depois um todo científico fortemente embasado em evidências que deem subsídio para compreender o comportamento do ser humano de forma mais holística (Lago, 2009).

De acordo com Fiorelli e Mangini (2018) um importante fenômeno bem característico da Psicologia com as novas descobertas das neurociências, é que novas descobertas, visões, pressupostos básicos de cunho teórico sobre o funcionamento cognitivo, irão se agregar aos conhecimentos anteriores e vão contribuir para a ampliação do conhecimento sobre esse Ser mais complexo do universo, o homem. Uma das teorias mais emergentes que tem trazido grande alteração sobre as formas do entendimento do ser humano são as Neurociências, pois hoje os teóricos podem estudar o homem e o cérebro funcionando em tempo real, coisa que nunca antes foi possível fazer, os sujeitos portadores de alguma enfermidade ou alteração cognitiva, só poderia estudar o cérebro após a morte.

1.2 Relação da Psicologia com o Direito

Para Santos (2005) a Psicologia com ênfase no campo do Direito ainda é pouco pesquisada e ensinada nas universidades, centros acadêmicos e faculdades. Na maioria das vezes, segundo pesquisas epidemiológicas, essa temática é incluída apenas nas matérias chamadas optativas. Nesse formato de disciplina, o aluno é quem faz a escolha por cursar ou não essa disciplina; muitas vezes sendo oferecida com baixa carga horária e entendida como uma habilidade assessória para a formação do profissional do psicólogo. Dessa forma, os alunos tem pouco ou nenhum contato mais aprofundado com temáticas do Direito.

No entanto, esse aspecto não se confirma na atuação profissional nos primeiros anos de prática clínica, em que muitos dos alunos logo no início de atuação já se deparam com pacientes que têm alguma pendência ou questão judicial que permeie os atendimentos psicológicos.

Principalmente quando os pacientes solicitam ao profissional a emissão de um laudo, parecer ou atestado para que o mesmo seja apresentado a um juiz. Tal demanda promove a mobilização do psicólogo que se vê obrigado a entender melhor quais

são os limites e possibilidades de se emitir tais documentos em se tratando de uma demanda jurídica.

De acordo com Santos (2005, pg. 212) a psicologia:

Partilha os componentes psicológicos (cognitivos, intelectuais e de personalidade); os sociais (capacidade de adesão às normas e aos limites sociais, capacidade de adaptação social, grupo étnico, grupo social e fatores de risco); e os jurídicos (grau de periculosidade, grau de responsabilidade e enquadramento em programas reeducativos). É uma área que extrapola os horizontes da ciência psicológica ao incorporar tais componentes sociais e jurídicos ao caso específico.

1.3 Componentes psicológicos

Segundo Camargo, Bolognami e Zuccolo (2014) o cérebro humano é considerado o grande maestro que orchestra todas as informações disponíveis tanto no âmbito interno, quanto externo do ser humano; vale ressaltar que o homem é capaz de compreender o mundo externamente somente pela ação dos seus Órgãos dos Sentidos (visão, tato, paladar, audição), sendo assim, o mundo é sempre uma tradução idiossincrática da realidade, ou seja, o mundo é para uma pessoa, apenas aquilo que ela tem condições de absorver. Célebre escritor Fernando Pessoa dizia: “o universo não é uma ideia minha. A minha ideia do universo é que é uma ideia minha”.

Dessa forma, as preocupações para se conseguir entender a relação entre cérebro, entendimento humano e comportamento já remontam há muito tempo (Papiros do Egito antigo de 3500 anos a.c).

Grande parte do impulso para o estudo do cérebro foi a tentativa de tratamento de pacientes que tiveram lesões em guerras, em acidentes, epilepsia, dentre outros; que permitiram a realização de um mapeamento de lesões e de disfunções cerebrais a partir de áreas do cérebro.

O estudo da relação cérebro-comportamento definiu o campo da neuropsicologia, o que permitiu um grande avanço na descoberta sobre como se dá o funcionamento do cérebro, e identificar quadros possíveis de serem tratados e prevenir comprometimentos futuros. De acordo com Camargo, Bolognami e Zuccolo (2014, pg. 78):

[...] Já existe o reconhecimento de que algumas doenças tem impacto em várias esferas do funcionamento do indivíduo, atingindo áreas primordiais para sua adaptação, tais como a cognitiva e a conativa. Anteriormente, esse reconhecimento era mais fácil nas doenças de impacto primário sobre o cérebro, como é o caso dos distúrbios neurológicos, mas, nos últimos anos, essa identificação ou suspeita vem se relacionando a outros transtornos psiquiátricos e distúrbios somáticos.

Ainda segundo Camargo, Bolognami e Zuccolo (2014) é possível perceber que algumas manifestações cognitivas e comportamentais podem aparecer em conjunto com diversos quadros de saúde, e possuem uma relação direta com quadros patológi-

cos ou disfunções cognitivas de base, também relacionadas à forma como se davam, ou não, os cuidados pessoais de saúde prévios. Outros componentes importantes são os recursos intelectuais disponíveis e os traços de personalidade de cada pessoa. No entanto, é muito recente a preocupação com questões ligadas ao futuro dos indivíduos que padecem de condições mentais ou de desvio de comportamento incapacitantes ou que dificultam a adaptação sujeito e sociedade.

Nessa relação sujeito/sociedade, existem casos de pessoas que começam a apresentar comprometimento no julgamento de suas ações e, portanto, podem colocar em risco sua própria vida ou de terceiros. Necessitando assim, que alguma intervenção externa, ou ação jurídica, seja acionada para que danos sejam minimizados em ambas as partes. Assim, como os atos considerados como desviantes da norma precisam passar pelo crivo da sanidade mental, para que a justa sentença seja proferida, reclusão ou tratamento especializado.

Já existe o reconhecimento de que algumas doenças tem impacto em várias esferas do funcionamento do indivíduo, atingindo áreas primordiais para sua adaptação, tais como a cognitiva e a conativa. Anteriormente, esse reconhecimento era mais fácil nas doenças de impacto primário sobre o cérebro, como é o caso dos distúrbios neurológicos, mas nos últimos anos, essa identificação ou suspeita vem se relacionando a outros transtornos psiquiátricos e distúrbios somáticos.

Algumas doenças que englobam o universo psíquico, passaram a ser consideradas mediante a investigação do quanto podem gerar impacto disfuncional limitante na vida do sujeito, sob o conceito de doenças incapacidades, parcialmente incapacitantes ou não incapacitantes.

Essas denominações abarcam, de acordo com Camargo, Bolognami e Zuccolo (2014) “conceitos de prejuízos, limitações nas atividades e na participação social que uma condição pode acarretar na funcionalidade e na vida prática do indivíduo”. Fica evidente, portanto, que as doenças neuropsicológicas demarcam um pesado estigma aos pacientes, ensejando a que se façam rearranjos na legislação vigente e possam ser implementados as novas formas de percepção quanto à imputabilidade sejam buscadas, muitas vezes se valendo de avaliações neuropsicológicas para se entender a dinâmica de funcionamento do sujeito e do ambiente onde ele está inserido.

Manifestações cognitivas e comportamentais podem aparecer em conjunto com diversos quadros de saúde e são dependentes das patologias ou das disfunções de base, da forma como eram os cuidados pessoais de saúde prévios, assim como dos recursos intelectuais e os traços de personalidade de cada pessoa. No entanto, apenas recentemente é que existe a preocupação com questões do futuro dos indivíduos que

padecem de condições incapacitantes ou que dificultam a adaptação às demandas diárias.

Uma avaliação neuropsicológica vem se mostrando ser fundamental no auxílio de vários profissionais e serviços médicos ou não, pois, propicia a abertura de um amplo espectro de informações relevantes aplicáveis a vários contextos.

2 IMPUTABILIDADE E PERÍCIA

De acordo com Taborda, Chalub e Costa (2016), para que um profissional seja apto a subscrever um ato jurídico que ateste responsabilidade penal ou não, é preciso que ele tenha noções bem claras do que é considerado conduta desviante da norma e, portanto, considerado um crime. Enquanto uma tentativa de definição do termo, os autores ressaltam que um “crime é toda a ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável”. Sendo assim, para que haja um ato criminoso é preciso algumas características. Se não, vejamos:

Condições legais para que seja considerado um crime

- I) O fato lesivo decorra de uma ação ou omissão humanas;
- II) que o fato praticado seja típico, isto é, previamente descrito na lei penal;
- III) que seja antijurídico, uma vez que alguns fatos típicos podem não ser antijurídicos, como, por exemplo, matar alguém em legítima defesa;
- IV) que o ato seja culpável, tanto pela modalidade dolo quanto pela culpa (Taborda, Chalub e Costa, 2016).

Conforme ressalta Taborda, Chalub e Costa (2016), tendo em mente os elementos citados anteriormente, é possível identificar na estrutura do conceito de crime a existência de dois componentes: objetivo e subjetivo. O primeiro diz respeito à tipicidade e da antijuridicidade, em casos em que se fizerem presentes essas duas variáveis, pode-se dizer que houve um ato delituoso; por exemplo: matar alguém em condição que se possa configurar “legítima defesa” da própria vida, caracterizado pelo excludente de ilicitude. Nesse caso, legítima defesa, pode-se dizer que houve um ilícito, porém, o sujeito não será responsabilizado na esfera penal. Já na questão subjetiva é preciso que seja observado na ação criminosa se ocorreu culpa ou dolo, para tal é preciso estabelecer a capacidade de imputação do sujeito.

As legislações mais modernas tradicionalmente alinham que para haver a avaliação da imputabilidade é preciso considerar o caráter biológico, psicológico e biopsicológico. O Código Processual brasileiro adota por meio do Artigo 26 a caracterização da dimensão biopsicológica (Taborda, Chalub & Costa, 2016):

Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940

Artigo 26 do Código Processual Penal brasileiro - CPB

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Taborda, Chalub & Costa, 2016).

Segundo Taborda, Chalub e Costa (2016), em casos em que persistam dúvidas sobre a aplicabilidade do critério biopsicológico descrito no Art. 26 e seu parágrafo, o CPPB explicita alguns pontos-chave a serem considerados, como descrito na exposição de motivos da parte geral de 1940, como se descreve abaixo:

Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico.

O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O método psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída, se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação.

O método biológico, que é o inculcado pelos psiquiatras em geral, não merece adesão: admite aprioristicamente um nexos constante de causalidade entre o estado mental patológico do agente e o crime. Coloca os juízes na absoluta dependência dos peritos médicos e, o que é mais, faz tabula rasa do caráter ético da responsabilidade.

O método puramente psicológico é, por sua vez, inaceitável, porque não evita, na prática, um demasiado arbítrio judicial ou a possibilidade de um extensivo reconhecimento da irresponsabilidade, em antinomia com o interesse da defesa social. Dessa forma, ao ser realizada uma avaliação pericial de imputabilidade é necessário que o perito faça a redação do seu relatório médico-legal (normalmente realizado por psiquiatras) observando uma apresentação lógica e cronológica, que são as repostas possíveis para as seguintes questões (Taborda, Chalub & Costa, 2016):

- Há transtorno mental?
- O transtorno estava instalado na época do delito?

- Qual o diagnóstico? Indicando seu código determinado no Código Internacional de Doenças CID-10. Um ponto de destaque importante é que o profissional, ao determinar o diagnóstico clínico, precisa converter para a terminologia jurídica, a fim de que o termo possa ser tratado nos atos processuais. O perito atesta se existe a presença de: doença mental, desenvolvimento mental retardado, perturbação da saúde mental ou deficiência mental.
- Em decorrência do transtorno mental identificado, é importante que o perito informe qual a capacidade de entendimento do sujeito à época do delito. E possa emitir um parecer considerando como normal, abolida ou reduzida.
- A partir do diagnóstico, o perito precisa determinar qual o estado da capacidade de determinação à época dos fatos.

Cabe ainda ressaltar que o perito não irá determinar se o paciente é inimputável ou não, pois, tal prerrogativa é de competência do ente jurídico, portanto, sendo respondida exclusivamente por um Juiz de Direito (Taborda, Chalub e Costa, 2016).

3 RELAÇÕES ENTRE DIREITO E PSICOLOGIA NA ESTRUTURAÇÃO DE UMA LÓGICA JURÍDICA

Conforme salienta Trindade (2012), em razão de ambas as disciplinas, Direito e Psicologia, trabalharem com várias questões muito afins, é de ser esperar que existam campos comuns que demonstrem uma interdisciplinaridade muito evidente. Como ambas lidam com questões muito complexas e ao mesmo tempo, estão em constante reformulação, quer seja devido a novas descobertas científicas ou por questões de aprimoramento e desenvolvimento sociocultural, é logicamente compreensível que o escopo de atuação dessas áreas seja ainda carente de bases completamente sólidas para se determinar um ponto terminativo de confluência.

Portanto, cabe destacar aqui, algumas áreas do Direito em que a Psicologia tem apresentado subsídios relevantes para intervir de forma eficiente, sobre questões jurídicas delicadas, de difícil entendimento e compreensão, sobre as quais faz-se necessária a aplicabilidade de uma norma legal substancialmente fundamentada a fim de que o maior benefício seja alcançado e injustiças ou prejuízos possam ser mitigados.

Trindade (2012) ressalta algumas áreas que o psicólogo pode ser inserido no processo judicial, que serão descritas a seguir:

Direito de Família:

- Em casos de adoção, em que o psicólogo realizaria dentre outras coisas, uma avaliação do perfil de personalidade dos pais e da(s) criança(s) e informaria ao juiz indícios de que ambos estão preparados e aptos a assumirem tais papéis;
- casos de divórcio atuando como um mediador de conflitos;

- disputa de guarda de filhos, em que o Psicólogo coloca em hierarquia os interesses de cada um dos envolvidos, para que a criança seja melhor assistida e amparada, e que danos ao relacionamento sejam minimizados, até que outras variáveis sejam colocadas em ordem;
- regulamentação de visitas, para que o menor prejuízo na relação parental seja vivenciado pela criança e os familiares;
- destituição do poder familiar em casos em que é possível perceber a ruptura da família, com a capacidade de oferecer um ambiente saudável para a criança, preservando assim, a integridade emocional, bem como a psíquica, das partes;
- violência intrafamiliar, em que o psicólogo funciona como um suporte às vítimas, bem como age como um terapeuta para tratar a questão da dificuldade de controle dos impulsos de uma determinada pessoa;
- Síndrome de Alienação Parental.

De acordo com Lago e Bandeira (2009) a síndrome da alienação parental tem sido cada vez mais decorrente em disputas de guarda. Essa entidade nosológica é de certa forma bem recente na literatura científica brasileira, e ainda muito pouco conhecida por grande parte dos profissionais do direito de família.

Enquanto uma tentativa de definição do que seria a síndrome da alienação parental, Gardner apud Lago e Madeira (2009) apontam que alienação é “o processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa”. A terminologia “programar” ainda é fruto de muito questionamento científico; pois, uma criança mesmo com pouca capacidade de discernimento crítico, não seria um ser completamente dirigido por um determinado padrão de comportamento desejado por uma pessoa em detrimento da outra.

Fato é que a criança irá em uma tenra idade vivenciar o que é chamado de stress tóxico, que compromete significativamente o desenvolvimento cognitivo da criança; em outras palavras, esse stress deixa marcas indelévels na estrutura psíquica da criança.

Enquanto uma caracterização da alienação por parte de um ente, é possível ser percebido quando uma determinada pessoa, busca denegrir a imagem de um outro ente com intuito de que a criança fique afastada, ou que a guarda não seja compartilhada pela outra pessoa.

São várias as questões que estão por trás dos motivos para que um ente se torne um alienador, que podem ser: para punir o outro por não ter dado a devida atenção, para que a criança seja realmente preservada do convívio tóxico com a família do outro ente, desejo que a criança tenha apenas as suas referências familiares sobre como proceder, e algumas vezes, para que a criança realmente seja poupada de um comportamento desviante da norma (pais violentos, abusadores, por exemplo).

Em casos de Direito da Infância e Adolescência:

- situações de abandono;
- abuso;
- violência;
- negligência;
- depoimento com redução de danos, em que a criança será questionada a se expressar de forma mais salutar e com redução dos impactos negativos de relatar eventos traumáticos;
- medidas protetivas e socioeducativas;
- oitiva de crianças vítimas de abuso sexual;
- avaliações psicológicas do estado emocional da criança ou do adolescente;

Na área de Direito Civil:

- casos de interdição em geral;
- indenização;
- anulação de atos da vida civil por incapacidade do agente – doença mental –, dano moral, entre outras ocorrências cíveis;

Na área do Direito do Trabalho:

- avaliação quanto a casos de acidente de trabalho;
- indenização em casos em que seja percebido prejuízo à parte;
- condições do trabalho e seu impacto sobre o sujeito;
- perfil e diagnóstico do trabalhador;
- dano por assédio moral e assédio sexual no trabalho;
- síndrome de Burnout, avaliação do estresse no trabalho;

Na área do Direito Penal:

- exames de corpo de delito,
- avaliação quanto a atestar sanidade mental;
- avaliar aspectos ligados à imputabilidade;
- responsabilidade penal diminuída em casos em que exista rebaixamento intelectual ou movida por forte emoção;
- avaliação sobre fatores de risco para reincidência, casos de pedofilia, psicopatia, transtorno delirante, jogo patológico, toxicodependência, esquizofrenia, retardo mental, dentre outros.

4 MAGISTRATURA E SOCIEDADE: INTERAÇÃO PARA TOMADA DE DECISÃO EFICIENTE

Um ponto muito relevante e que sempre permeia as interações sociais diz respeito à habilidade de um sujeito desenvolver boas relações interpessoais, bem como quanto um indivíduo é apto a desenvolver o controle dos seus impulsos e dos desejos. As relações interpessoais são atributos que cada vez mais são necessários de serem

desenvolvidos, para que a convivência social seja aprimorada e permita que pessoas possam se relacionar de formas harmônica e saudável.

Essa competência, mesmo sendo necessária, não deixa de apresentar desafios para sua aquisição, desenvolvimento e aplicação no dia a dia, pois, somos constantemente levados a fazer adaptações para lidar com as várias demandas sociais em um único dia, principalmente quando se trata de figuras sociais de autoridade.

Em se tratando de relacionamento com figuras de autoridade como os magistrados, isso ainda se faz mais necessário, em que os profissionais precisam se colocar sensíveis a refletir sobre qual a visão as pessoas têm dele, sobre como lida com as situações, como é visto pelos outros: como autoritário, compreensivo, arrogante, justo? Pois, ainda que o sujeito tenha desenvolvido grandes conhecimentos técnico e conceitual, a forma de aplicabilidade de suas competências perpassa por aprimorar também a habilidade social. Pois, segundo Trindade (2012) os juízes estão constantemente em interação com outras pessoas, conhecidas ou não, colegas da magistratura, com integrantes do Ministério Público, advogados, funcionários e colaboradores, e com os jurisdicionados através do exercício de suas atribuições. Ou seja, eles não são pessoas desconexas do social.

Em razão dessas constantes relações sociais, é importante que juízes estejam cientes da necessidade de refletir sobre suas habilidades sociais, pois, serão constantemente colocados em situações onde precisem estar atentos, ao sentido que o sujeito emprega nas frases. De acordo com Trindade (2012) existem algumas atribuições que cabem ao magistrado estar atento como o que se apresenta na lei 35/1979:

Artigo da Lei Orgânica da Magistratura Nacional 35 Lc 14 de março de 1979

- cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;
- tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça;
- atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência;
- e deve manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Um outro aspecto importante de ser ressaltado quanto à conduta de um magistrado, no que se refere à natureza das decisões judiciais é muitas vezes a impossibilidade em satisfazer ambos os lados de uma disputa. Todavia, isso de forma alguma impede que uma decisão justa seja tomada. Pois, como aponta Bittencourt apud Trindade (2012):

As decisões judiciais nem sempre agradam a todos que a provocam; muito pelo contrário, vários agentes desgostam muito. Os vencedores da petição atribuem o ve-

redicto como uma legítima demonstração de justiça e que se fez valer dos seus direitos; os vencidos, por sua vez, entendem que a decisão foi fruto de um grave deslize do magistrado, e que irá interferir severamente sobre sua percepção de viver em um local justo. Um mal ainda maior ocorre quando alguns descontentes com as decisões começam a esbravejar e a provocar os meios de comunicação (ávidos por vender notícias) e podem causar ruído na opinião pública e causar complicações sobre o papel do magistrado. Por certo que, discordar de um magistrado é uma demanda legítima, e deve ser tratada via tramites legais. De maneira bem objetiva, um juiz precisa estar constantemente ciente de que as suas decisões trazem repercussões no meio social, muitas vezes funcionando como balizador dos comportamentos futuros, dessa forma, o magistrado carece ter uma profunda noção dessas consequências.

Trindade (2012) ressalta que: “se uma pessoa claudica, a falta é relevada; mas se o juiz claudica, o fato se torna manchete”. Ou seja, a palavra de um juiz escrita em uma sentença tem um forte impacto em várias esperas sociais. Sendo muitas vezes esperado que o magistrado desfira uma sentença que atenda à justiça, mas também que se preste a atender à esfera social, sobre a qual as leis são criadas.

O juiz deve sempre buscar cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência e, sobretudo, deve manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

5 O COMPORTAMENTO DE PARTES E TESTEMUNHAS: QUESTÕES PSICOLÓGICAS

Segundo Trindade (2012) a psicologia jurídica pode colaborar de forma significativa para a compreensão e o esclarecimento de comportamentos das testemunhas. Podendo contribuir com todos os ramos do direito e também do próprio magistrado no ato da tomada de uma decisão e deferimento de uma sentença.

Os sujeitos que fazem parte de um processo judicial, em geral, apresentam demandas conflitantes. Dessa forma, é natural que cada uma das partes descreva a “sua versão” de um fato, cada qual descrevendo, ou não, alguns aspectos da realidade que ajudem a compreender os fatos geradores do delito e as suas consequências, confirmando sua versão. O mesmo sendo esperado da outra parte, algumas vezes distorcendo a realidade para que ela se encaixe na maneira como o sujeito gostaria. Tais ações algumas vezes sendo conscientes, outras nem tanto (Trindade, 2012).

Muito embora se acredite que existem tantos tipos de testemunhas quando das variações de personalidade de um sujeito, a título meramente descritivo, são apresentadas algumas tipologias de testemunhas bem caracterizadas (Trindade (2012).

Tipificação de testemunhas

- Testemunha independente: tende a se apresentar como um cidadão zeloso com as leis, cumpridor do juramento legal, com inflexibilidade de opinião, buscando ser o mais imparcial possível. Apta a entender qualquer tentativa de desvirtuar os fatos. Apresenta valores consolidados.
- Testemunha motivada: entende que sua participação em um depoimento é determinante para o desdobramento das decisões. Tende a ser pessoas com inclinação emocional, muitas vezes deixando transparecer seus desejos mais íntimos muito mais do que relatar fatos. Sua tendenciosidade pode conduzir a erros ou equívocos.
- Testemunha ansiosa: no ato do depoimento são movidas por forte emoção, sentimentos de angústia. Algumas vezes a ansiedade é devido a um desconhecimento da liturgia jurídica necessária para tratar de um caso. Tende a ter a fala acelerada, mostram atitude amedrontada e temerosa em relação a responsabilidade em depor. Algumas podendo até apresentar queixas físicas de indisposição antes, durante ou após depoimento.
- Testemunha desfavorável: mostra inclinação a ter indisposição quanto à justiça, ou à figura dos juízes, promotores ou advogados. Em geral é pouco colaborativa e muitas vezes, pode trazer complicações para a elucidação de um fato.
- Testemunha hostil: mostra-se pouco confortável com sua presença em um tribunal, mantém postura mais contrariada e impositiva. Manifesta antipatia ao ser questionada, principalmente ao ser inquirida pela parte a qual não seja simpatizante. Dentre outras.

6 METODOLOGIA

No que tange às ferramentas metodológicas, aponta-se que as pesquisas se embasaram principalmente em artigos científicos — periódicos —, livros e reportagens visando fundamentar o método da ciência jurídica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho buscou-se apresentar informações pertinentes, para que seja possível compreender um pouco melhor os processos que dirigem e fundamentam a saúde psíquica. Conhecer sobre os processos que estruturam toda uma forma do sujeito compreender sua realidade, que por sua vez, o possibilita fazer análises de consequências de suas ações, intenções, vontades e desejos, é fundamental para que o sujeito tenha melhores aptidões para processar sua habilidade de tomada de decisão.

Ressaltamos ainda que, a tomada de decisão não se resume apenas na emissão de um comportamento delituoso ou não; pois, existe a possibilidade de que alguém manipule informações disponíveis, de forma que outras pessoas distorçam a realidade e acabem cometendo um ato criminoso, muitas vezes sem se dar conta de que foi manipulado, pois, tomou uma decisão com base nas informações disponíveis, mas que estavam desconexas com a realidade objetiva.

Levar em consideração essa possibilidade, já traz um recorte importante na apuração dos fatos e das circunstâncias que levaram à emissão de um comportamento. Esses casos, em que se possa identificar a presença de vieses na percepção, quando devidamente comprovados, podem minimizar a consequência penal a ser imposta, devido à ação ser cometida de forma inconsciente. A ciência da Psicologia em conjunto com os pressupostos epistemológicos do Direito, podem cada vez mais se fundir e potencializar as maneiras de avaliar, compreender e intervir sobre o comportamento humano. Cabe ressaltar que não é interesse dessas profissões colocar um olhar apenas aos atos delituosos, mas sim, para a busca por fundamentar estratégias de melhoria da convivência social; quer seja no direito de família, infância e adolescência, direito civil, direito de trabalho e, obviamente, no direito penal.

REFERÊNCIAS

- BARROS, D. M.; GAETA, A. L.; FILHO, G. B. Neurociências forenses, in: Neuropsicologia Forense. Porto Alegre: ARTMED, 2015.
- BARROS, D. M.; Desafios Bioéticos; in: Introdução à psiquiatria forense. Porto Alegre: ARTMED, 2019.
- FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. Psicologia Jurídica - 9ª Ed. Editora Atlas, 2018. ISBN 9788597017267.
- LAGO, Vivian de Medeiros et al. Um breve histórico da psicologia jurídica no Brasil e seus campos de atuação. *Estud. psicol. (Campinas)* [online]. 2009, vol.26, n.4 [citado 2021-04-16], pp.483-491. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2009000400009&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0103-166X. <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2009000400009>. Acesso em 16/04/2021.
- SANTOS, F. R.; VELASQUES, B. Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativa. Congresso Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais e Humanidades UFF - Niterói, RJ Setembro de 2012.
- SANTOS, Murili Angeli Dias dos. Psicologia jurídica: implicações conceituais e aplicações práticas. Disponível em: <http://pepsic.bvs-psi.org.br/pdf/psicousf/v10n2/v10n2a13.pdf>. Acesso em: 18. abr.2021.
- TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; COSTA, G. M. Perícia de Imputabilidade Penal. In: ABDALLA-FILHO, E.; CHALUB, M.; TELLES, L. E. B. *Psiquiatria Forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016. Cap. 8
- TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. -. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.



CAPÍTULO 13

O ENFRAQUECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À FORÇA HEGEMÔNICA DA FEDERAÇÃO FIFA: PRESSÕES EXTERNAS E O DIREITO TRANSNACIONAL DITANDO AS REGRAS DO JOGO

THE WEAKNESS OF THE BRAZILIAN LEGAL ORDER IN FRONT OF THE HEGEMONIC STRENGTH OF THE FIFA FEDERATION: EXTERNAL PRESSURES AND TRANSNATIONAL LAW DICTATING THE RULES OF THE GAME

Lucas Uelinton Graciolli¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.13

¹ Bolsista CAPES. Mestrando pela Universidade La Salle - Canoas/ Rio Grande do Sul; Pós-graduando pela Uniritter- Canoas em Docência no Ensino Superior; Graduado em Ciências Jurídicas e sociais pela Universidade La Salle - Canoas/ Rio Grande do Sul. Contato: lucas_uelinton@hotmail.com; fone: (51) 9 9288 - 9669. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1259-8807>
*O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar os impactos e a influência da instituição FIFA (Federação Internacional de Futebol Associação) dentro do cenário jurídico esportivo brasileiro. A sociedade contemporânea globalizada caracteriza-se por procedimentos transformadores em diversas áreas a nível mundial, na qual os sistemas nacionais sofrem pressões e alterações externas devido à influência de um novo modelo capitalista instaurado. Nesse sentido, o esporte surge como paradigma para controvérsias e modificações causadas pela dinâmica da globalização, tornando a sociedade cada vez mais desigual, devido as diferentes opressões hegemônicas, só que dessa vez no âmbito internacional. Os objetivos desse artigo são: a) analisar a expansão da globalização, trazendo conceitos e distorções causadas pela diferente forma de controlar a sociedade; b) compreender o papel da FIFA e sua manipulação no âmbito nacional, visando encontrar os principais impactos de sua hegemonia dentro de um cenário brasileiro. Na análise desenvolvida, ao longo do trabalho, foi empregado o método dedutivo-hipotético a partir da análise bibliográfica voltada para o desenvolvimento da globalização e o papel da entidade FIFA dentro do cenário brasileiro. Como conclusão, entende-se que a FIFA, gozando de autonomia esportiva e, intitulando-se como grande órgão internacional, corrompe preceitos normativos estatais, visando seus interesses próprios em detrimento da fragilidade política e democrática do estado brasileiro.

Palavras-chave: FIFA; Globalização; Hegemonia; Esporte;

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the impacts and influence of the FIFA institution (International Football Federation Association) within a Brazilian legal and sports scenario. Contemporary globalized society is characterized by transformative procedures in several areas worldwide, in which national systems suffer pressure and external changes due to the influence of a new established capitalist model. In this field, sport emerges as a paradigm for controversies and changes caused by the dynamics of globalization, making society increasingly unequal, due to different hegemonic oppressions, only this time on an international level. The objectives of this article were: a) to analyze the expansion of globalization levels, bringing concepts and distortions caused by the different way of controlling society; b) understand the role of FIFA and its manipulation at a national level, aiming to find the main impacts of its hegemony within a Brazilian scenario. As a form of analysis, a reflective theory was used; exploring texts and articles focused on the development of globalization and the role of FIFA in manipulating a fragile scenario and influenced by the great powers. In

conclusion, it is understood that FIFA, enjoying sporting autonomy and calling itself a major international body, corrupts state normative precepts, aiming at its own interests at the expense of the political and democratic fragility of the Brazilian state.

Keywords: FIFA; Globalization; Contemporary Society; Sport;

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é fruto de uma globalização sem precedentes, enfrentando transformações significativas num cenário prático. Com vertentes ambíguas derivados da dicotomia entre classes dominantes e classes dominadas, a globalização se torna ferramenta chave na mudança de rumo das classes sociais do século XXI. Na primeira visão, a vertente positiva dos fatores globalizados se tornam importantes na inclusão social, devido às inúmeras instituições voltadas para o âmbito civilizatório e emancipatório¹. Por outro lado, a força de um mercado, influenciado pelas corporações hegemônicas da globalização, se tornam barreiras nos mesmos processos acima mencionados.

Desta forma, a globalização, dentro de uma lógica capitalista, se torna contraditória; tendo duas premissas distintas: inclusão e exclusão social na mesma proporção. Com isso, analisando esse processo evolutivo da globalização, no ambiente esportivo, encontra-se uma grande hegemonia, conhecida mundialmente como FIFA, na qual reproduz processos hegemônicos perigosos. Esse ensaio estuda os impactos sociais e econômicos da FIFA no cenário esportivo brasileiro.

Diante disso, certifica-se que o avanço globalizado da sociedade e a incorporação do regime capitalista promove um aumento dos índices de desigualdades já existentes. Portanto, buscou-se reunir dados com o propósito de analisar os impactos da FIFA no esporte, como ferramenta impositiva e amparada pelo regime capitalista. Os objetivos desse artigo são: a) analisar a expansão da globalização, trazendo conceitos e distorções causadas pela diferente forma de controlar a sociedade; b) compreender o papel da FIFA e sua manipulação no âmbito nacional, visando encontrar os principais impactos de sua hegemonia dentro de um cenário brasileiro.

Um dos passos a ser realizado para alcançar o objetivo do estudo é verificar as origens da globalização para atribuir de que forma a mesma impactou o cenário esportivo. Depois porque, uma das etapas importantes é conceituar processos civilizatórios através do esporte e o esporte como um mercado atrativo para exploração da figura

¹ Conforme Santos (1991, p.136): “[...] a emancipação é constituída pela articulação entre três dimensões da racionalização e secularização da vida colectiva: a racionalidade moral-prática do direito moderno; a racionalidade cognitivo-experimental da ciência e da técnica modernas; e a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura modernas. O equilíbrio pretendido entre regulação e emancipação obtém-se pelo desenvolvimento harmonioso de cada um dos pilares e das relações dinâmicas entre eles. Este equilíbrio, que aparece ainda, como aspiração decaída, na máxima positivista da “ordem e progresso”, não foi nunca conseguido”.

humana. Para o desenvolvimento da presente pesquisa foram utilizadas pesquisas bibliográficas, como forma de descrever as transformações no esporte por conta da globalização. A pesquisa bibliográfica baseou-se em publicações de livros e artigos sobre: globalização, esporte e sociedade.

2 O SURGIMENTO DE UM MUNDO GLOBALIZADO FRENTE À EMERGÊNCIA DE NORMAS DOMÉSTICAS RÍGIDAS

A globalização é um dos níveis de evolução do capitalismo, causando transformações em diferentes cenários; ocasionando, junto com sua gama discriminatória, um excesso de desigualdade social. Então, é preciso assumir que, a globalização, serve para o aumento da disparidade social, crescimento desenfreado da sociedade elitista e o surgimento de uma globalização hegemônica². Desta forma, os novos parâmetros fissuram as estruturas da sociedade de maneira esmagadora; sem preocupação com desequilíbrios econômicos e desigualdades sociais.

Neste contexto, para Ianni (2013) fica claro que a globalização é um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. O autor salienta que a globalização fragmenta as estruturais da sociedade, ocasionando novos paradigmas ideológicos frente ao avanço do capitalismo, nesse contexto a sociedade contemporânea não se vê preparada para mudanças na história e para fissuras impactantes.

O mais importante, contudo, é constatar que a globalização é ambígua, composta por: classe dominante e classe dominada; não é exagero afirmar que essas duas premissas distintas são peças chave para as dinâmicas do capitalismo e da globalização. É interessante, aliás, compreender que a classe dominante se adapta melhor frente às rupturas estruturais devido a sua imposição econômica e geográfica. Conforme explicado acima, aliás, afirmar-se que o processo civilizatório beneficia uma única classe; e, conseqüentemente, distancia a classe oposta para fronteiras perigosas e sem alternativas satisfatórias para escapar do avanço esmagador do capitalismo e da globalização.

Como citado anteriormente, o processo civilizatório intensifica a dominação de alguns e enfraquece o poder de reação de outros. Conforme Santos (2002), a globalização é um novo marco frente às decisões do sistema nacional; acarretando novas estratégias e atividades oriundas de outros sistemas externos. O autor deixa claro e;

2 Diante de um novo cenário mundial, Santos (2002, p.76) define globalização hegemônica da seguinte forma: “[...] a prevalência do princípio do mercado sobre o princípio de Estado; a financeirização da economia mundial, a total subordinação dos interesses do trabalho aos interesses do capital; o protagonismo incondicional das empresas multinacionais; a recomposição territorial das economias e consequente perda de peso dos espaços nacionais e das instituições que antes os configuravam, nomeadamente, os Estados nacionais; uma nova articulação entre a política e a economia em que os compromissos nacionais (sobretudo os que estabelecem as formas e os níveis de solidariedade) são eliminados e substituídos por compromissos com actores globais e com actores nacionais globalizados”. Como forma de estruturação e emancipação da sociedade globalizada subaltera o autor sugere uma globalização contra-hegemônica, caracterizada como: “a transformação contra-hegemônica consiste na globalização das lutas que tornem possível a distribuição democrática da riqueza, ou seja, uma distribuição assente em direitos de cidadania, individuais e colectivos, aplicados transnacionalmente”. (SANTOS, 2002, p. 75)

seria um erro, porém, não atribuir a globalização como ferramenta aliada as grandes corporações dominantes com o intuito de aumentar os níveis de desigualdades como forma de manutenção de sua hegemonia.

O autor esclarece que o crescimento da globalização provoca mudanças estruturais no sistema nacional, trazendo mais prejuízos para diversas classes sociais frente às novas influências externas. Nesse contexto, fica claro que Ianni (2013) não diferente de Santos (2002), enfrenta a globalização como nova fase do movimento capitalista; ocasionando rupturas na base da sociedade contemporânea e causando quebra dos pilares da cidadania.

Assim, é importante salientar que o crescimento econômico globalizado se caracteriza pela reprodução dos movimentos hegemônicos. Conforme mencionado pelo autor, a globalização tem um novo paradigma: “[...] economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multi-locais; baixos custos de transporte, desregulação das economias nacionais” (SANTOS, 2002, p. 29).

Como bem nos assegura Santos (2002), a globalização apresenta um novo ciclo de expansão dos modos de produção, porém dessa vez com alcance globalizado. O efeito de uma nova etapa cria novos processos civilizatórios, originando novos sistemas econômicos, políticos, sociais, culturais e espaciais; pode-se dizer que seu objetivo é instaurar novos paradigmas dominantes, diferentes premissas hegemônicas, a ponto de continuar reproduzindo os efeitos do velho capitalismo conversador (IANNI, 2013).

Desta forma, a globalização pode ser definida da seguinte forma:

“um vasto e intenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estado e interesses hegemônicos, por um lado, e grupos sociais, Estado e interesses subalternos, por outro; e mesmo no interior do campo hegemônico há divisões mais ou menos significativas. No entanto, por sobre todas as suas divisões internas, o campo hegemônico actua na base de um consenso entre os seus mais influentes membros” (SANTOS, 2002, p. 27).

Em evidência, o autor cita acima que, os movimentos hegemônicos, oriundos dos processos civilizatórios da globalização, exercem força majoritariamente perante as classes subalternas. Esse é o motivo pelo qual é importante frisar esse ponto, uma vez que, o aumento descontrolado da globalização afeta diretamente as estruturas sociais de um sistema nacional, causando desequilíbrios, fragmentação e desigualdades socioeconômicas e socioculturais. Diante do exposto acima, percebe-se a autonomia e força dos grupos dominantes, tendo em vista a união dessa casta para oprimir e desestruturar as demais esferas.

A globalização é um fenômeno dinâmico, transformando-se com o passar dos dias; assemelhando-se mais com areias movediças do que com terrenos estáveis e seguros. Nessa esteira, entende-se por que agentes do campo do direito, situados e adaptados com terrenos definidos e estabelecidos em sua tradição plurissecular, não se adaptam a permanecer num ambiente hostil, já que é praticamente inviável, num ordenamento, a sistematização da globalização. (CANCLINI, 2003).

O dinamismo da globalização se caracteriza em uma prioridade na dimensão econômica. Tal primazia abastece forças econômicas nunca vista antes na história e uma inesgotável tendência expansiva; o mercado surge, sem precedentes, incompatível com restrições espaciais, voltados para uma vocação global e a fim de cumpri-la. Neste cenário, o nível de expansão da globalização não vê barreiras e limites territoriais, tornando-se intolerante contra sistemas organizados e com regras preestabelecidas a nível estatal. (VALLE, 2007).

A globalização, nesse cenário, significa desterritorialização; portanto, também, a prevalência da economia frente à política. Sendo assim, tal movimento se mostra superior à representatividade do Estado e, conseqüentemente, afetando a sua soberania. Como consequência, essa inversão de papéis se faz necessário uma análise com precisão da relação globalização-direito. (GROSSI, 2010).

O direito moderno, o qual está instaurado nos dias atuais, foi modulado pela política e através da política consolidou-se. A gênese da história jurídica moderna se caracteriza por um paradigma inovador: a estabilidade do direito. Nesse caminho, a classe burguesa, após a tomada do poder, entendeu que o direito era um terreno fértil e sólido, fazendo dele seu novo método de manipulação.

Para concretizar tal monopólio, a classe burguesa utilizou-se do Estado fazendo dele o único e exclusivo criador do direito. O cenário jurídico que se apresentou foi simples; o Estado adveio da revolução, mudando o paradigma do Antigo Regime; tal mudança concretizou o Estado a único ator e a única voz a sua, a lei, para, numa medida totalitária, manifestar a sua vontade suprema. (GROSSI, 2010).

Com a nova ordem do Estado perante a comunidade dos cidadãos, devido a sua respeitável norma jurídica, porém autoritária, o direito exercia uma função extremamente rigorosa de controle da sociedade, tornando o cidadão, muitas vezes, refém das normas. A ascensão do direito positivo como fonte, passou a ser vista como um novo paradigma regulador, tornando o Estado um poder soberano perante os demais poderes “tradicionais”. (CRUZ, 2002).

Neste sentido, percebe-se a força normativa advindo da criação do Estado; nessa ótica, torna-se evidente a necessidade de mecanismos capazes de satisfazer a vontade do povo. Sendo assim, a ascensão do Estado trouxe segurança jurídica e estabilidade dentro de uma esfera nacional. Cabe ressaltar que, após a Segunda Guerra Mundial, a emergência de Estados amparados por normas foi essencial para uma nova paz mundial. (ARANTES, 2015).

Portanto, entende-se que o processo de criação do Estado foi crucial na busca por uma nova ordem doméstica, baseada em princípios e normas capazes de solucionar conflitos internos e externos na busca pelo bem social. Logo após a segunda guerra mundial, os Estados-nação emergiam ordem interna, visando um maior entendimento de funcionamento estatal e adquirindo ordem social na busca pelo crescimento no pós-guerra.

Sendo assim, compreende-se que o papel do Estado, frente às nações no período caótico, foi fundamental para uma nova perspectiva de uma caminhada, porém ordenada e sem conflitos. Nota-se também, a busca pela paz mundial e por conceitos harmônicos que implicariam cooperação e solidariedade entre os países em crise. Assim, como forma de crescimento mundial, as grandes potências concentraram-se na ordem doméstica na intenção de organizar uma base sólida e estruturada para uma nova recomposição numa esfera global.

Como método de reestruturação, o desenvolvimento econômico e social fez parte – e ainda faz – de um projeto dos países ao redor do mundo. Desta forma, será o sistema capitalista que irá “garantir” e produzir o crescimento econômico, através da capacidade do sistema democrático de ofertar desenvolvimento econômico e redistribuir os avanços do progresso econômico. (FRIEDEN, 2008).

Dentro desse espectro, o processo de globalização estaria garantindo a efetivação de políticas adequadas no âmbito econômico e, como resultado, potencializando o crescimento das futuras economias. Tal discurso, alimentado pelas realidades históricas indiscutíveis, reforça a retórica dos políticos progressistas e aos que “compactuam” com tal movimento, como: humanistas democrata-cristãos, socialistas, e os tradicionalistas de centro-esquerda, têm adquirido um ceticismo perante esses acontecimentos. (PIOVESAN, 2000).

Esse conjunto de correntes, já citados acima, enfrentou, e por muitas vezes sem preparo algum, essas dramáticas mudanças políticas e socioeconômicas e se viram surpreendidos, não conseguindo construir uma direção adequada para a qual a sociedade estava esperando. Desse modo, percebe-se uma caminhada final no processo de

evolução histórica, e tendo como futuro o último e mais alto estágio do capitalismo. (PEREIRA, WILHEIM, SOLA, 2001)

Na medida em que o século XXI progride, observa-se que as consequências da Modernidade são confrontadas com eventos históricos e se deixam influenciar contra a sua própria realização. A democracia e a soberania são postas como promessas e trazem mais incertezas do que segurança jurídica. Nesses termos, um mundo marcado pela instabilidade e perigos, as instituições, inclusive jurídicas, se reformulam com princípios e bases da sociedade para buscar uma posição forte dentro do Estado.

Como forma de reflexão, a cisão entre política e poder parece ter se fortificado perante o sistema global. Enquanto o poder inclina-se a afastar-se em direção a um espaço globalizado politicamente desorganizado, a política inclina-se a uma visão doméstica; logo tais movimentos ocasionam fissuras e tensões a ponto de fragilizar um governo de Estado. Nestes termos, soberania e democracia, nomeada como promessas não cumpridas pela modernidade, compreendem-se como válvulas impulsionadoras para o arsenal “bélico” do mercado; sendo tais, considerados terrenos instáveis e de fácil acesso para as leis de mercado.

Como mencionado acima, as tensões e fissuras trazidas pelas promessas não cumpridas da modernidade, ocasionam insegurança jurídica e um caminho sem rumo de um Estado. Cabe salientar, também, que as forças das instituições hegemônicas influenciam e ditam as regras do jogo; trazendo inversão dos papéis entre política e mercado. Nessa mesma esteira, percebe-se que as leis de mercado estão à frente dos mecanismos que seriam capazes de frear esse arsenal desenfreado: democracia e soberania estatal.

Desta forma, oportuno inaugurar uma análise a partir da influência normativa da FIFA dentro do cenário nacional brasileiro, visto que sua hegemonia internacional econômica desequilibra ao enfrentar preceitos normativos internos – no caso o Brasil.

3 AS PRESSÕES EXTERNAS DO APARATO NORMATIVO DA FIFA: UMA BUSCA INCESSANTE PELO DOMÍNIO E PODER

Nesse sentido, resta demonstrar a influência da FIFA perante o Estado, aduzindo sua percepção jurídica tradicional. Vinculados à expansão dos tratados internacionais – das quais os resultados são bem aparentes – ocorre uma interferência negligente das normas desportivas transnacionais perante a criação e a interpretação do direito estatal. Mediante tal cenário, assuntos antes, prioritariamente, ordenados pelo direito doméstico, de forma acelerada, transitam e são tutelados pelo direito transnacional à luz de normas com perfil extraterritorial. (VARELLA, 2013)

Neste âmbito, desenha-se um novo cenário, manipulado pela multiplicação do direito global, na qual se fortifica e se abastece dos processos transnacionais, onde o direito estatal se vê refém da internacionalização através de um maior vínculo com os regimes jurídicos privados. Sendo assim, nascem instituições para transformar essa linguagem jurídica internacional para a realidade local, e é por meio desses processos vinculados que se inaugura um novo direito internacional como direito autônomo, das quais a efetividade fica a cargo do Estado e dos demais atores vinculados – ou seja, os atores do setor privado. (VARELLA, 2013).

De acordo com Varella (2013), articulam-se, de forma geral, três aspectos heterogêneos de sua manipulação em território nacional, são estes:

- I) IMPOSIÇÃO;
- II) REPRODUÇÃO OU INTERNALIZAÇÃO;
- III) APLICAÇÃO DIRETA DE SUA NORMATIVIDADE TRANSNACIONAL PELA JURISDIÇÃO ESTATAL;

Sendo assim, a imposição se dá a partir de sua imposição referente à realização de competições desportivas internacionais (megaeventos). Uma vez que, cada país deverá obedecer às regras ditadas pela instituição caso queira participar do evento. Portanto, define-se como um contrato unilateral e vinculado às regras de uma parte só; ou o país-sede se adéqua as imposições da organização – que no caso é a instituição superior FIFA – ou não poderá participar de um dos maiores eventos do mundo. Percebe-se aqui uma instituição hegemônica dominante, composta por poderes econômicos suficientes capazes de controlar os países que poderão fazer parte do seu megaevento esportivo. (VARELLA, 2013).

Num segundo momento, a reprodução ou internalização de normas desportivas transnacionais importam um processo facultativo de deveres do instituto legislativo nacional que, sendo influenciado pela alta especialização do campo esportivo, tendo como base sua normatividade e reproduzindo-a, total ou parcialmente, no direito oficial. . (VARELLA, 2013).

Nessa visão, cabe-se uma crítica observando que, no âmbito doméstico e global, o processo caracterizado como facultativo quer dizer que: a imposição da entidade mais forte economicamente coordenará o andar do “jogo”. No que se refere a FIFA, nota-se uma expansão dos poderes normativos, uma vez que seus poderes econômicos forçam as demais instituições a obedecê-la, tendo em vista que, na falta de obediência serão automaticamente excluídos dos moldes considerados padrões.

Por fim, a aplicação direta se apoia na regra de conectividade prevista na lei desportiva (Lei 9.615/98), na qual se situa, de forma expressa, múltiplas normatividades,

como bem nos assegura o inciso 1º do art. 1º: “A prática desportiva formal é regulada por normas nacionais internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto”. (BRASIL, 1998).

A lei em questão estabeleça uma abertura para uma maior ampliação da normatividade desportiva transnacional pela jurisdição estatal brasileira, desta forma a autonomia estatal, desregulada pelo seu próprio poder interno, fica à mercê de ordens transnacionais capazes de mudar uma estrutura vigente dentro do próprio Estado. Tal paradigma fortalece o dinamismo do capitalismo, uma vez que a influencia econômica fala mais alto dentro das próprias fronteiras.

Assim, acredita-se que a primeira conjectura de influência da normatividade desportiva global – impositiva – apresenta ranhuras e um funcionamento desregulado – contudo, coordenado pela força das instituições privadas – e uma falta de harmonização em relação às normas internas e externas. Em relação às duas últimas (reprodução e aplicação) são incorporadas nos processos de normatividade e jurisdicionais de autonomia estatal, redirecionados pela nova ordem global, na qual os mais abastados economicamente poderão ditar as regras do jogo frente às normas internas vigentes.

Partindo para um cenário nacional e visando explicar as consequências das grandes influências externas num ordenamento jurídico brasileiro, resta compreender que, quando grandes competições desportivas são sediadas em outro território, há certamente um forte indício de flexibilização das normas estatais, haja vista que os países (sede) estão pré-dispostos a ceder normativamente para conseguir suportar a gama de imposições feitas pelos grandes organizadores. Sendo assim, as entidades desportivas visam regular todo o arsenal que contempla um megaevento, tais como: regulamento desportivo, vestimenta, comércio, varejo esportivo, nutrição esportiva, patrocinadores/apoiadores, dentre outros segmentos. (REPOLÊS e DE CASTILHO PRATES, 2014).

Existem alguns fatores que influenciam na imposição da FIFA, pois tais artifícios conseguem suportar o aparato de tentativas de interferências – extra FIFA – para burlar o seu procedimento hegemônico. O principal e exclusivo “protetor” dessa grande instituição vem através dos patrocinadores, e não resta dúvida que esses estão a cargo de proteção da instituição dominante. Dito isso, as megaempresas multinacionais utilizam desse artifício para conquistar e implementar suas políticas comerciais de dentro para fora. O escudo protetor utilizado pela FIFA fortifica a sua imposição frente às demais instituições esportivas; tendo em vista que o poder econômico junto à instituição é relativamente maior do que às demais e, conseqüentemente, o seu poder normativo e socioeconômico é infinitamente maior do que todas.

Outro aspecto importante a ser frisado, ainda no âmbito nacional, refere-se à inconstitucionalidade da Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012), visto que, tal lei suspenderia algumas garantias, direitos fundamentais e liberdades trazidas pela Constituição brasileira de 1988. Percebe-se aqui uma autonomia externa frente às normas estatais, visto que uma lei foi imposta por uma instituição transnacional na busca por realização de um megaevento. Ou seja, a soberania nacional, nesse caso, não teve força normativa – e, muito menos punitiva – para não ceder às vontades de instituições privadas. (REPOLÊS e DE CASTILHO PRATES, 2014).

Neste mesmo sentido, e ainda na visão dos mesmos autores, algumas decisões geraram desconforto e impunidade aos governos estadual e federal, bem como, a proibição, por parte da FIFA, das famosas baianas, as quais são vinculadas ao patrimônio brasileiro pelo Ministério da Cultura, na hora de comercializar seus produtos culturais em torno do estágio de futebol Fonte Nova, em Salvador, durante a copa das confederações, haja vista que a FIFA, por força da sua normatividade, impôs que seus patrocinadores fossem os únicos e exclusivos comerciantes numa área de dois quilômetros. (REPOLÊS e DE CASTILHO PRATES, 2014);

Ou seja, percebe-se que o “padrão FIFA”, muitas vezes utilizado como gíria popular para estabelecer certos parâmetros, neste caso, é compreendido e imposto a uma nação sem qualquer alternativa de escolha. A imposição feita pela FIFA, ordenando que seus patrocinadores sejam os únicos a comercializar no local, implica uma grave ameaça, afronta e descumprindo das normas domésticas em detrimento de normas externas; a incompatibilidade entre as normas configura uma clara inversão dos papéis entre direito e mercado, uma vez que a vontade do mercado, neste caso o megaevento chamado copa das confederações, venceu essa queda de braço com o ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, confere-se também uma visível desconsideração da população cultural da região, pois a mesma utiliza-se de eventos como esse para conseguir produzir e vender o máximo possível para sustentar – na grande maioria – a sua família, dinheiro que advém do comércio em torno dos estágios. Sendo assim, nota-se que, além de uma interferência normativa grave no ordenamento jurídico, a pressão sofrida pelas classes mais vulneráveis também é notável. O poder instaurado no local “desconfigura” e desestabiliza todo um cenário fértil para os brasileiros comerciantes. Logo, acredita-se que, a imposição feita pela FIFA, corrompe estruturas jurídicas e sociológicas.

Nesse cenário, o direito transnacional adentra de diferentes formas nos países, na grande maioria impondo e desestruturando às respectivas culturas e ordens jurídicas. A pressão externa normativa circunda campos distintos e perpassa por processos com-

plexos; tal processo se incorpora de forma quase que homogeneia aos níveis jurídicos domésticos, todavia, a abertura e receptividade, oriunda da força do sistema capitalista, manipula e enfraquece normas estatais a nível nacional e proporciona uma estrada larga para os poderes do sistema econômico.

4 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea vive momentos difíceis, a alta complexidade do sistema capitalista proporciona momentos de instabilidades e de insegurança jurídica. Na gênese do dinamismo capitalista compreende-se que a leis de mercado indicariam o andar da carruagem e se sobressairiam sobre o direito e política. No século XXI a globalização atingiu níveis inesperados, concretizando as expectativas das grandes indústrias e empresários, porém ocasionando altos índices de desigualdades e discriminação.

Em outros termos, a composição, arduamente estruturada, do sistema jurídico doméstico sofre pressões externas incompatíveis com as demandas internas. Isso porque, devido à onda sem fim do sistema capitalista, algumas instituições acabam impondo determinadas normas para que sejam sanadas suas vontades. Nessa esteira, o sistema jurídico brasileiro, também à mercê dessa onda, tem sua base fissurada, a ponto de ceder os “pedidos” feitos pelas instituições transnacionais. Desta forma, a Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012) transforma e oculta normas domésticas em detrimento das leis de mercado. A FIFA, instituição dominante dentro do ambiente esportivo, também não foge a regra do sistema capitalista; tal hegemonia se dá pela alta gama econômica em torno dessa instituição, uma vez que seus patrocinadores “masters” pressionam as demais nações a ponto de conseguir incorporar o seu sistema normativo próprio.

A visão dominante da FIFA ocasiona momentos de incômodo às nações que participam de megaeventos organizados pela instituição, uma vez que suas imposições desestruturam as regiões (sedes) e desorganizam o sistema interna normativo, a ponto de obstruir a economia nacional. Desse modo, certifica-se que os meios utilizados pela FIFA não são compatíveis com a democracia constitucional brasileira, tendo em vista que os processos democráticos não seriam compatíveis com o pensamento impositivo da organização internacional.

Logo, observa-se a emergência do retorno das normas rígidas ao cenário brasileiro, visto que as imposições de normas externas modificam e oprimem as classes vulneráveis desorganizando um cenário econômico frágil. A instabilidade causada pelo sistema capitalista provoca uma inversão entre política e mercado, trazendo desconforto, perigo, instabilidade, desigualdade e medo.

A população brasileira, cega pelo futebol, não percebe as consequências e os estragos feito pela instituição FIFA ao redor do mundo. Nota-se, com o desenvolvimento do artigo, uma imposição normativa forte frente às demais nações, a organização máxima do futebol mundial não respeita normas internas e culturas locais. Sua influência política nos países (sede) abre portas pra sua pressão transnacional e para seu escudo protetor – os patrocinadores.

Percebe-se também que, no Brasil o enfraquecimento das normas rígidas e a inversão dos papéis entre política e mercado, disponibiliza uma abertura sem precedentes para que o direito transnacional invada um ambiente frágil e sem autonomia. No caso brasileiro, a fragilidade da política, devido aos altos índices de corrupção, incorpora num mercado potente e com garras capazes de enfrentar qualquer inimigo.

Sendo assim, não resta dúvida que a retomada da política, a segurança jurídica e a estabilidade social seriam pontos a serem reconquistados pelo Brasil na luta contra o movimento capitalista desenfreado. A autonomia normativa nacional deve ser fortalecida novamente a ponto de conseguir se reerguer frente às disputas internacionais pelo posicionamento político e democrático.

Por fim, o estudo demonstrou que as pressões externas sofridas pelo ordenamento jurídico brasileiro desorganizam e desestabilizam um cenário já fragilizado e instável. A FIFA, amparada pelos seus patrocinadores, demonstra que a autonomia transnacional permanecerá impondo regras próprias frente aos territórios (sedes) nas quais serão realizados megaeventos esportivos. A disputa pelo poder e pelo domínio normativo transnacional é liderada, mais uma vez, por instituições privadas fadadas a desembolsarem a quantia necessária para dominar os demais territórios.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Paulo. **O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência**. Boitempo Editorial, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=GETxCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=Cabe+ressaltar+que,+ap%C3%B3s+a+segunda+guerra+mundial,+a+emerg%C3%Aancia+de+Estados+amparados+por+normas+foi+essencial+para+uma+nova+paz+mundial&ots=_lJN1OiVRq&sig=7_jC63-VJBGDN87_nqgEBAU0Y68#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 20/02/2021

BRASIL, Lei 9.615/98 de 24 de março de 1998. **Institui normas gerais sobre desporto e de outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615compilada.htm> Acesso em: 15/02/2021

CANCLINI, Nestor Garcia. **A globalização imaginada**. Editora Iluminuras Ltda, 2003. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=-1GYOetkm64C&oi=fnd&pg=PA7&dq=A+globaliza%C3%A7%C3%A3o+%C3%A9+um+fem%C3%B4meno+din%C3%A2mico&ots=Xgfbgkz4oD&>>

sig=98w8M6CmDyPjzpZABUKuqictFtU#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 19/02/2021

CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, estado, globalização e crise**. Novos Estudos Jurídicos, v. 7, n. 15, p.07-24,2002. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Soberania%2C-Estado%2C-Globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-Crise-Cruz/3a28bef25426e-85d8da224127a2a2575bf11ec6e?p2df>> Acesso em: 23/02/2021

FRIEDEN, Jeffry A. **Capitalismo global: história econômica e política do século XX**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2008. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt=-BR&lr=&id=3THTDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=P6T&dq=Desta+forma,+ser%C3%A1+o+sistema+capitalista+que+ir%C3%A1+%E2%80%9C-garantir%E2%80%9D+e+produzir+o+crescimento+econ%C3%B4mico,+atrav%C3%A9s+da+capacidade+do+sistema+democr%C3%A1tico+de+ofertar+desenvolvimento+econ%C3%B4mico+e+redistribuir+os+avan%C3%A7os+do+progresso+econ%C3%B4mico&ots=wIzRbqTftD&sig=6OnXWqVJCrvihHg34JnWJp0L2yU#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 17/02/2021.

GROSSI, Paulo. **Globalização, direito, ciência jurídica**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 10, n. 1, p. 153-176, 29 jul. 2010. Disponível em: <<https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1925>> Acesso em: 25/02/2021

IANNI, Octavio, **A sociedade global**/ Octavio Ianni. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Disponível em: < <https://b-ok.lat/book/5625781/543daf>> Acesso em: 17/02/2021

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. **Sociedade e Estado em transformação**. Unesp, 2001. Disponível em: < https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Sociedade+e+Estado+em+transforma%C3%A7%C3%A3o+Por+Luiz+Carlos+Bresser+Pereira%2C+Jorge+Wilheim%2C+Lourdes+Sola&btnG=> Acesso em: 20/02/2021

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 54, 2000. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista%20pge%2054.pdf#page=221>> Acesso em: 22/02/2021

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; DE CASTILHO PRATES, Francisco. **¿ O “território” FIFA: uma democracia elitista, uma soberania de exclusão? ¿ El “territorio” de la FIFA: una democracia elitista, la soberanía de la exclusión?**. 2014. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?start=10&q=globaliza%C3%A7%C3%A3o%3B+direito%3B+FIFA&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acesso em: 26/02/2021

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Subjetividade, cidadania e Emancipação**. Revista Crítica das Ciências Sociais, N° 32. Portugal, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as Ciências sociais {org}**. - 2.ed. - São Paulo - Cortez, 2002.

VALLE, Regina Maria Piza de Assumpção et al. **A ordem jurídica internacional e a sociedade da informação**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível

em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-02092008-082149/en.php>> Acesso em: 20/02/2021

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade**, UniCEUB, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949> Acesso em: 15/02/2021



CAPÍTULO 14

ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ASSECURATÓRIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIARY AND PUBLIC POLICIES FOR FUNDAMENTAL RIGHTS

Bruce Henrique dos Santos Silva¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.14

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), membro do Centro de Pesquisa em Direito Sanitário da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), é Procurador do Município em Paranaíba (MS) e advogado.

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática da efetividade da garantia dos direitos fundamentais e o papel do Judiciário como guardião da Constituição e poder controlador das ações estatais, discutindo as teorias impeditivas e autorizadas das decisões judiciais que debatem sobre as ações e omissões inconstitucionais do poder público na implementação de políticas públicas que visem assegurar direitos fundamentais do cidadão.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais - Constitucionalismo - Políticas Públicas.

ABSTRACT

This article discusses the fundamental rights and the role of the judiciary in contemporary constitutionalism based on the theories of the democratic rule of law, debating the arguments about the possibility of control of public administration by judges, as a mechanism for protecting citizens' rights;

Keywords: Fundamental rights - Constitutionalism - Public policies.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO QUESTÃO REAL

No quinto artigo da Constituição da República, em seu primeiro parágrafo consta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Lição de grande valor, quando alguns pretendem negar direitos fundamentais concretizados por políticas públicas em nome da discricionariedade e suposta eficácia limitada de alguns direitos constitucionais.

Antiga, porém de vanguarda, é a teoria do Professor José Afonso da Silva, em sua tese de livre-docência "A aplicabilidade das normas constitucionais". Divide as normas constitucionais, quanto a aplicabilidade, em três categorias, as que possuem eficácia plena, as contidas e as limitadas.

Resumidamente, o mestre leciona que a eficácia plena é concedida as normas constitucionais que possuem todos os requisitos para produzir seus efeitos, não necessitando de atuação positiva do legislador constituído. Em seu âmbito, os normativos de eficácia contida são aqueles que admitem algum tipo de restrição legislativa (SILVA, 1998). A maior problemática, em tratando-se de políticas públicas, reside nas normas constitucionais de eficácia limitada, quais sejam aquelas que demandam do poder público uma atuação positiva para produza seus efeitos.

Em regra tais categorias fazem referência a atuação legislativa positiva. Contudo muitas vezes o executivo apropria-se de tal classificação para entender que determina-

das normas constitucionais são programas de realização facultativa, ou seja, recomendações constitucionais as quais está relativamente ajoujado.

A doutrina constitucional brasileira, rechaça tal ideia, entendendo que as normas programáticas geram sim vínculo ao Estado, não podendo ficar inerte frente ao disposto na constituição, sob pena de atuação jurisdicional. (CUNHA JR, 2012 p. 183)

Contudo, não cerra-se os olhares as decisões e atuações judiciais que tentam dizer o contrário, razão pela qual é vigoroso o que vaticina Luis Roberto Barroso, ao elucidar que:

(...) já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe a efetivação, os via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também dos direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do artigo 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado Democrático, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (2000 p. 106) (destaques no original)

Desta maneira, cabe ao Estado, por meio dos poderes constituídos, mormente ao legislativo e executivo, e quando omissos ao judiciário, a garantia dos direitos sociais, o que se coaduna com a própria democracia social, econômica e cultural. Tais direitos são verdadeiros mandatos que limitam a atuação discricionária do Estado.

No mesmo caminhar, leciona um dos maiores expoentes do constitucionalismo mundial o Professor José Joaquim Gomes Canotilho, mestre da universidade de Coimbra, apontando que existem de fato normas-programas, entretanto o sentido delas não é exortação moral, aforismo político ou apelos ao legislador desprovidos de vinculatividade. Pelo contrário:

Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam” (CANOTILHO, 2003 p. 1102-1103)

Pois bem, quando superada a questão da eficácia é comum que evoque-se outra teorias, como a reserva do possível, a ofensa a separação de poderes e o mínimo exis-

tencial, como justificção para que não se concretize direitos sociais e por vezes até fundamentais.

2 SISTEMAS DE FREIOS E CONTRAPESOS

Como dito alhures, a separação dos poderes foi a teoria adota pelo constitucionalismo democrático, reiterada na Constituição de 1988. Trata-se de norma elevada ao mais alto nível de rigidez constitucional, consubstanciando-se em cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º, inciso II da Constituição da República.

O sistema também é conhecido como freios e contrapesos (*checks and balances*), com base na teoria grega aprimorada por Montesquieu. Configura-se em sistema de competências e ingerências recíprocas, onde cada poder fica com uma função dentro do Estado e com a possibilidade de fiscalizar e auxiliar o outro. Na verdade tece-se uma crítica quanto a nomenclatura, dizendo-se que o poder político é uno, sendo a divisão tão somente das funções, em que pesa a literalidade do texto constitucional consignar “separação dos poderes” (CUNHA JR, 2012 pp. 544, 554, *passim*).

Segundo essa teoria haveria funções precípuas do Legislativo, Executivo e Judiciário. Editar as normas, administrar a máquina estatal conforme a lei, julgar os conflitos observando o direito, nessa exata ordem.

Admite-se, porém, que para além das funções naturais cada um dos poderes possua atribuições extraordinárias dos demais poderes. O Judiciário edita seu regimento interno legislando, e tem independência para administrar-se. O Legislativo também possui a função administrativa de seus atos e pessoal, bem como, excepcionalmente a competência para julgar agentes políticos por crimes de responsabilidade (artigo 52, II da Constituição Federal). O Executivo, ao seu turno, edita atos normativos, como medidas provisórias, atos regulamentares e leis delegadas (artigo 62, *caput* c/c artigo 68 da Constituição Federal)

Os poderes são independentes e harmônicos entre si, decorrendo sua existência e funcionamento da própria constituição, independentemente da anuência dos demais poderes. Sendo que “(...) o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder Político não é a exclusividade no exercício das funções, mas sim a predominância no seu desempenho” (CUNHA JR, 2012 p. 555)

Como reportado, não há que se falar em rigidez paralisante, devendo os poderes entrosarem-se para garantir a consecução das finalidades constitucionais, já que são sua razão de ser. Na compreensão da constituição enquanto sistema a separação dos poderes deve ser cotejada com os demais princípios designados na CRFB/1988, notadamente quanto a dignidade da pessoa humana e a inafastabilidade da jurisdição.

Sinteticamente nos interessa arrolar um princípio constitucional. O destaque é para a inafastabilidade da jurisdição em confronto com a tripartição. Conforme consta no inciso XXXV do artigo 5º¹, da constituição vigente, o Judiciário não pode furtar-se nem ser impedido de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito. A discussão ocorre quando a lesão ou ameaça de lesão deriva do Estado-Executivo, por ação ou omissão.

Pelos argumentos anteriormente registrados quanto aos excessos do chamado “neoconstitucionalismo” em confronto com a posição quase matemática da doutrina da separação dos poderes indaga-se: até onde o Judiciário poderia imiscuir na conduta do outro poder?

Para doutrina administrativista a resposta costuma ser simples. O Judiciário pode analisar a legalidade do ato administrativo, sendo que o mérito é reservado ao membro do executivo e não ao Estado-Juiz (DI PIETRO, 2011 p. 755). Mas o que seria a legalidade nesse sentido? E o controle de constitucionalidade?

De sumária análise do exposto, a conclusão não pode ser outra segundo a qual o judiciário deve controlar a constitucionalidade, para além da legalidade da conduta administrativa². Nesse sentido, a garantia de direito fundamental, constitucionalmente assegurado, que é autoaplicável, deve ser assegurada pelo poder executivo, o fazendo de forma contrária ao disposto na constituição, ou ficando silente dá margem para que o Estado-Juiz aprecie o ato, sob pena de lesão ou ameaça de lesão a direito, seja ele fundamental ou social.

Não se nega que Judiciário deva ser cauteloso, por compreender que os poderes devem ser harmônicos entre si, na dicção do próprio artigo 2º da Constituição da República, que fica autorizada a atuação jurisdicional. A independência dos poderes não pode dar azo a ausência de fiscalização recíproca entre Legislativo, Executivo e Judiciário. A concessão de autonomia aos poderes visa, exatamente, garantir que possam exercer suas funções, dentre outras a fiscalizatória, sem receios.

O caso da omissão do poder público na implementação de políticas públicas, denota flagrante comportamento ilegal por parte da administração³. Não cabe ao administrador escolher se cumpre, ou não, a ordem constitucional. Toda vez que desvia-se do que dispõe a Lei Maior o administrador sujeita-se a reprimenda jurisdicional.

1 Artigo 5º, XXXV, da CRFB/88: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2 Dois dispositivos fazem isso crer: o artigo 4º, II “b” e V “b” da Lei de Ação Popular (Lei 4717/1964); o artigo 5º, LXXIII CRFB que prescreve a possibilidade do controle, via ação popular, para anular ato lesivo a moralidade administrativa, independentemente da legalidade.

3 Quanto a ilegalidade, seus danos, e a correspondente responsabilização remete-se ao capítulo 2 do presente trabalho, onde abordamos as noções de responsabilidade civil e a relação dela com o Estado.

3 GARANTIA DA EXISTÊNCIA DIGNA COMO PARÂMETRO DE ATUAÇÃO DO ESTADO

A existência de recursos mínimos para uma vida digna, exsurge do constitucionalismo alemão. Lá, em que pese existirem poucos direitos sociais positivados na carta constitucional, desenvolveu-se a tese de que “(...) a dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social” (SARLET, 2008, p. 5). Seria, pois, um corolário da dignidade humana, sem o qual esta restaria atacada. A vida e a integridade física, por exemplo, não pedem somente abstenção estatal, mas uma atuação positiva do poder público para que seja assegurada⁴.

Originalmente, o conteúdo do mínimo existencial alemão circunscrevia-se a assistência social, com condições materiais para assegurar a sobrevivência. O desenvolvimento doutrinário deu amplitude ao postulado, asseverando que seu conteúdo compreende um conjunto de prestações suficientes para assegurar a garantia da vida humana, mas uma vida com dignidade. Não se confunde mais mínimo existencial com mínimo vital⁵. Viver não é, apenas, sobreviver. A dignidade, que deu causa ao postulado não pode ser olvidada⁶.

A concepção nacional do que deve ser compreendido como mínimo existencial pode ser expressa pelo julgamento do REsp 1185474 / SC, onde o Superior Tribunal de Justiça constou que:

(...) O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.

O posicionamento doutrinário pode ser conhecido pelo que diz o professor Ingo Wolfgang Sarlet ao discorrer sobre o mínimo existencial e o direito social à saúde:

(...) tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”. Tal linha de fundamentação, em termos gerais e consoante já destacado, tem sido privilegiada também no direito constitucional pátrio, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determina-

4 São contundentes as críticas externadas pelo Professor Acélio Rodrigues de Carvalho, ao dizer que não assiste razão aqueles que classificam os direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira geração, quando dizem que os de primeira imporiam prestações negativas e os de segunda prestações positivas. Em certa medida, todos os direitos rogam por prestações positivas e negativas por parte do Estado. A inviolabilidade do direito à vida, é um exemplo, o Estado deve abster-se de violá-la e garantir meios para que não seja violada.

5 Este corresponderia as prestações necessária para assegurar a vida, como a alimentação.

6 Simbólico é que o inciso IV do 7º artigo constitucional a elenca inúmeros itens como necessidades vitais básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

ção do seu conteúdo, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar conseqüências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos. (SARLET, 2008 p 7)

Em outro giro, por classicamente, como mencionado, os direitos sociais serem caracterizados por prestações positivas do Estado, que muitas vezes dirigem-se a bens materiais e que demandam um despendimento econômico por parte do poder público, desenvolveu-se a teoria da reserva do possível, que vincula a efetividade dos direitos sociais a disponibilidade orçamentária do poder público. É como leciona o Professor Sarlet, ao lembrar o surgimento da reserva possível na jurisprudência germânica:

(...) a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Moglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo das decisões discricionárias das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (SARLET, 2008 p. 11)

Continuando, o jurista afirma ser possível uma tríplice divisão da reserva do possível, a) há a necessidade de existência de recursos para a efetivação dos direitos sociais, b) o órgão responsável pela concretização da política pública precisa de disponibilidade jurídica sobre os recursos, c) a prestação deve ser proporcional, devendo o titular do direito observá-la ao clamar pela comissão estatal. (SARLET, 2008 p. 12)

Essa compreensão de que seria oponível a teoria de reserva do possível à concretização do mandamento constitucional, quanto a direito fundamental e social não encontra abrigo no ordenamento brasileiro. Quanto aos direitos fundamentais por expressa previsão constitucional (artigo 5º, parágrafo primeiro). Tratando-se de direitos sociais também não possui acolhida. O entendimento é que as previsões constitucionais não simbolizam letra morta, não havendo que se falar em faculdade do administrador em garantir os direitos das duas ordens⁷. Havendo que fazer escolha orçamentária tem o dever de contemplar essas duas categorias de direitos constitucionais do cidadão.

Observa-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte julgado:

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.
2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem

⁷ Como se exporá, quanto tratarmos da possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, parte da doutrina defende que havendo recursos ou a possibilidade de sua obtenção pelo cancelamento, por exemplo, das chamadas dotações orçamentárias “polítiquesas”, pode e deve, o Judiciário, determinar a inclusão de despesas referentes à implementação daqueles direitos.

ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. (STJ Recurso Especial nº 1.185.474-SC, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 29/04/2010.)

Ambas as teses, de reserva do possível e de mínimo existencial são levantadas no bojo de demandas judiciais, sendo que a análise do controle jurisdicional das políticas públicas em cotejo com as teses já explicitadas passará a ser feita adiante.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO VEÍCULO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As políticas públicas são uma importante forma de realização dos direitos e ideais constitucionais. Sua relação com o direito merece análise, já que muitas vezes é colocada em conflito com ele.

Muitas vezes os programas do Estado desaguardam no Poder Judiciário voltamos as teses anteriormente analisadas para indagar se é possível intervenção judicial na ação ou omissão estatal, fazendo, deste modo, controle das políticas públicas.

A relação entre Direito e políticas públicas rotineiramente não apresenta contornos claros, mormente pela implementação e análise delas ultrapassar os limites jurídicos, adentrando o campo econômico, político, social e administrativo. Entretanto é possível tecer diferentes perspectivas entre políticas públicas e Direito.

A concretização de direitos, em tempos de constitucionalismo dirigente, passa muitas vezes pelas políticas públicas. No mais, ao jurista é defeso ignorá-las⁸, como

⁸ “(...) dado que juristas brasileiros têm grande influência no modo como políticas públicas são moldadas, ajustadas e

leciona Diogo Coutinho, especialmente por atuar com elas em diferentes momentos: defendendo-as, questionando-as judicialmente, respondendo consultas e dirimindo dúvidas sobre diversos setores que a envolvem. (COUTINHO, 2013 p. 3)

Enrijecendo a crítica ao atual modelo de ensino jurídico e sua relação com as políticas públicas Coutinho elucida que:

Empobrecida tem sido também a reflexão dos juristas a respeito da dimensão jurídica do controle social e da participação nas políticas públicas no Brasil. Se o direito administrativo pode ser visto como mecanismo de disciplina, procedimentalização e de regulação da participação substantiva, bem como da mobilização de atores mais ou menos organizados na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, então faz sentido que isso seja mais tematizado por juristas, acadêmicos ou práticos. E se é igualmente verdadeiro que o direito, além disso, estrutura e regula formas de prestação de contas e transparência (accountability) dessas políticas - uma vez que pode obrigar quem as opera a justificar e motivar as decisões relativas à definição de prioridades, seleção de meios, formulação de planos de execução, alocação de recursos e outras consideradas de interesse público, então seria razoável supor que a falta de consciência desse papel profissional tende a aumentar o risco de que haja maior opacidade, menor participação e menos intensa mobilização de atores relevantes - sobretudo os grupos menos organizados - em políticas públicas. (COUTINHO, 2013 p. 6)

A opção pelo Estado de bem-estar social, mesmo com todas suas incongruências, e com a superação de doutrinas neoliberalistas o Estado passa a ter que adotar medidas promocionais e não somente abstenções, como já apontado. A política pública, nesse sentido, é medida adotada para dar concretude às obrigações estatais, até mesmo constitucionais.

Imbricada é a relação entre Direito e política pública. Há relação em seu fundamento, em sua concepção, na sua execução e em seu controle. Não cabe, portanto, cerrar os olhos ao instituto interdisciplinar sob o risco de negligenciar direitos fundamentais.

Diogo Coutinho classifica a relação entre direito e política pública em quatro fases: a) o direito como ponto de chegada; b) direito como arranjo institucional; c) direito como ferramenta; d) direito como vocalizador de demandas.

Em um primeiro momento o direito poderia ser vislumbrado como objetivo das políticas públicas, tendo o ordenamento a função de formalizar as metas que devem

implementadas (na qualidade de legisladores, juízes e burocratas, respectivamente), é preciso reconhecer que são igualmente importantes as habilidades que lhes permitam conhecê-las em suas peculiaridades setoriais e meandros, beneficiando-se do aprendizado que o fato de fazê-lo sistematicamente lhes traria" (COUTINHO, 2013 p. 5)

ser perseguidas pelo governo. Ilustrando, aponta-se as normas constitucionais que preveem a erradicação da pobreza. O direito “(...) agrega-lhe traços cogentes (isto é, vinculantes, não facultativos), distinguindo-a de uma mera intenção, recomendação ou proposta de ação, cuja adoção seja facultativa” (COUTINHO, 2013 p. 19)

Contudo, o direito não desempenha, tão somente, o papel da primeira hipótese. Compreender a dimensão institucional da ciência jurídica nas políticas públicas, é afirmar que aquele fornece meios, regula seus procedimentos e viabiliza a execução dessa. O direito funcionaria como uma espécie de caminho que delimitaria as funções e regras evitando disputas, conflitos, lacunas etc.

Na acepção de Direito como ferramenta este pode ser observado na fase executiva dos programas, estabelecendo as “regras internas que permitem a calibragem e auto-correção operacional dessas mesmas políticas.” (COUTINHO, 2013 p. 21)

Por último, analisado como um megafone, o direito pode ser visualizado como vocalizador das demandas. Aqui assume uma forte vertente democrática, garantindo mecanismos de deliberação, participação, colaboração e decisão conjunta, de modo que sejam penetráveis, não limitando-se aos meios burocráticos. Nesse sentido as audiências e consultas públicas, que permitem a oitiva da sociedade com a incorporação das demandas aos programas políticos. “Assim visto, o direito seria comparável a uma espécie de correia de transmissão pela qual agendas, ideias e propostas gestadas na esfera pública circulam e disputam espaço nos círculos tecnocráticos.” (COUTINHO, 2013 p. 22)

A parte da teoria de Coutinho, há que se reconhecer uma quinta dimensão do direito na política pública, qual seja o controle da legalidade e constitucionalidade das ações. Fase, esta, vislumbrável no controle interno e na própria concepção da política, mas que, não raras vezes, desemboca nos balcões do Judiciário.

Mais que claro, pois, a relevância de se averiguar a relação do direito com a política pública. No trabalho em questão, o interesse é na atuação do Estado na concretização das políticas e essa relação com a jurisdição.

A atuação judicial é uma forma de se externar o poder político. Poder este que não encontra fundamento em si mesmo, mas na consecução dos fins da República Federativa do Brasil, dentre os quais a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária (Artigo 3º, I da CRFB.)

No cenário atual não cabe mais o juiz “boca da lei” ou o legislativo preponderante, tão pouco um judiciário neutralizado. O enfrentamento de questões atinentes a políticas públicas no bojo das ações judiciais passa não só pelo cotejo frontal da ação

com a constituição, mas com a finalidade do próprio Estado. Assim, há quem inclua o Poder Judiciário como integrante⁹ do próprio conceito de política pública.

Por política estatal- ou políticas públicas- entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam a realização dos fins primordiais do Estado (...). Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas” sob o prisma do atendimento aos fins do Estado. (GRINOVER, 2010 p. 14)

Evidente que toda vez que os demais poderes ofenderem (por ação ou omissão) a integridade dos fins do Estado, o juiz, enquanto co-autor de políticas públicas, poderá atuar efetuando o controle.

Pela existência dessas peculiaridades ligadas a matéria é que a doutrina tece tantas críticas a ausência de formação do jurista no que concerne a políticas públicas. Engrossando o coro temos Diogo Coutinho¹⁰ que ao discorrer sobre a relação entre direito e política pública coloca a ausência de formação como óbice ao adequado enfrentamento das questões no palco judicial.

Comumente os tribunais realizam esse controle em sede a ações relativas ao direito à saúde. O STF já reconheceu o dever do Estado em fornecer medicamentos gratuitamente aos portadores de HIV, não admitindo a omissão do poder público¹¹. O mesmo entendimento foi fixado pelo Superior Tribunal de Justiça¹² (GRINOVER, 2010 p. 15).

Nas ações voltam à baila as questões de mínimo existencial e reserva do possível, também já abordadas no presente trabalho, cuja leitura remete-se.

Entretanto, em termos referenciais, a decisão mais marcante acerca do tema foi proferida pelo STF ao julgar a ADPF 45-9, cujo voto do relator, o Min. Celso de Mello, exortou a possibilidade de intervenção judicial. Na decisão, o jurista, encara as questões do mínimo existencial e reserva do possível frontalmente.

⁹ Há que se consignar que o posicionamento é controverso, posto que parte da doutrina elucida que conceber o juiz como coautor ou integrante da política pública seria demonstração do ativismo judicial criticado. Ocorre que se admitida a tese de que o juiz poderia realizar a inclusão na proposta orçamentária, estaria ele sim auxiliando na construção da política, participando dela de algum modo determinante.

¹⁰ (COUTINHO, 2013)

¹¹ “O poder público, qualquer que seja a esfera institucional, de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave, comportamento institucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts 5º, caput, e 196). (...)” (grifos no original) RE 271.286 e AgRg 271.286-RS, de Relatoria do Min. Cel de Mello. DJ. 24.11.2000

¹² Diferentes julgados tratando da mesma hipótese: REsp 212346 no Ag. 842866; REsp 814076; REsp 807683; AgRg no REsp 757012; REsp 684646; REsp 658323; REsp 625329, MS 8895; REsp 509753 MS8740; REsp 430526; REsp 338373.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.** Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. CELSO DE MELLO). [...] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. **Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. o mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.** Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. [...] ¹³. (grifei).

É lumiar que dada a extraordinariedade da intervenção judicial, merece cautela a questão. Deve-se guardar, sempre, a proporcionalidade, e a combinação do mínimo existencial com a reserva do possível. Lembrando que esta última não serve de desculpa para inação administrativa.

Pondera Ada Grinover que o Judiciário pode valer-se de dois expedientes para suprimir a escassez na realização das políticas pública: a) determinar a inclusão na próxima proposta orçamentária; b) em caso de descumprimento do orçamento, mandar que se realize a política pública, sob pena de multa e outras medidas coercitivas, na forma do artigo 461, §5º do CPC. Dessa maneira, observando os limites como salvaguarda de excessos, segundo a docente, dificilmente ensejar-se-á críticas ao ativismo judicial (2010 pp. 24-25)

Ainda quanto a efetividade da decisão que determina a realização da política pública, ou sua previsão orçamentária, a doutora aventa diferentes medidas capazes de conduzir ao cumprimento ou responsabilização pela ordem judicial. São quatro: a

¹³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9/ DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 04.05.2004.

multa diária; a improbidade administrativa; a intervenção no Estado ou Município; subsunção aos crimes de responsabilidade e desobediência. (GRINOVER, 2010 pp. 26-28)

São exemplos a fixação de *astreintes*, a propositura de ação de improbidade administrativa (11, II da Lei 8429/92); decretação de intervenção federal (artigo 34, VI da CRFB), cometimento de crime de responsabilidade pelos Prefeitos (artigo 1º, XIV, no Decreto-Lei 201-1967) ou de desobediência (Art. 300 do CP) para os demais agentes.

5 CONCLUSÕES

Assim, em um regime onde o Estado se submete ao Direito ao Poder Judiciário cabe justificar sua existência e suas prerrogativas salvaguardando o Estado e o Direito de comportamento que contrariem ambos.

O Estado no constitucionalismo contemporâneo tem nos direitos fundamentais sua razão de ser e, ao mesmo tempo, encontram nele sua atuação. Portanto, aquele que não garante esses direitos não honra sua própria existência e aquele que interfere nas limitações decorrente das garantias individuais necessita ser reprimido, sob pena de se negar a própria constituição e a historicidade intrínseca a essa categoria de direitos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005

BARROSO, Luis Roberto. 2011. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo : Saraiva, 2011.

—. 2000. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 312. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003

COUTINHO, Diogo. 2013. O direito nas políticas públicas. São Paulo : UNESP, 2013.

CUNHA JR, Dirley da. 2012. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Salvador : Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2011. Direito Administrativo. 876. São Paulo : Atlas, 2011. 978-85-224-6184-4.

GRINOVER, Ada Pellegrini. 2010. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. 2010, Vol. 7, 7.

MENDES, Gilmar Ferreira. 2014. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html Acesso em: 06 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3.ED.,. São Paulo: Malheiros, 1998.



CAPÍTULO 15

FLEXIBILIZAÇÃO DO PORTE E POSSE DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL

*MAKING THE CARRYING AND POSSESSION OF
FIREARMS MORE FLEXIBLE IN BRAZIL*

Cristovam Filipe Marinho de Souza¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.15

¹ Centro Universitário FAMETRO. (E-mail: cristovammarinho@gmail.com)

RESUMO

O Brasil aprovou a Lei nº 10.826 (também conhecida como “Regulamentação do Desarmamento”) em 22 de dezembro de 2003, que regulamenta o registro, a posse e a venda de armas e munições no país. A fim de reduzir a circulação de armas e, com isso, diminuir a alta incidência de violência, homicídio e crimes causados pelo uso de armas de fogo, a regulamentação criou uma série de obstáculos para quem deseja adquirir armas. Com certas exceções, o transporte é proibido. Porém, quase duas décadas após a aprovação, o Brasil ainda tem crimes brutais terríveis relacionados ao uso de armas de fogo. Embora isso crie dificuldades para quem deseja portar armas e está proibido de portar armas, segundo as estatísticas, o número de mortes por arma de fogo não diminuiu até agora. O Decreto nº 9.685/19, recentemente promulgado, visa tornar mais flexíveis os cidadãos que cumprem os requisitos básicos do Regulamento do Desarmamento no porte de armas. Embora o decreto tenha sido revogado posteriormente, houve uma nova discussão sobre o precedente atual, a saber, a flexibilidade de ter armas regularmente como fator de aumento ou redução da violência.

Palavras-chave: Flexibilização do uso de armas de fogo. Decreto 9.685/19. Tráfico de Armas de Fogo.

ABSTRACT

Brazil approved Law No. 10,826 (also known as “Disarmament Regulations”) on December 22, 2003, which regulates the registration, possession, and sale of weapons and ammunition in the country. In order to reduce the circulation of weapons and thus reduce the high incidence of violence, homicide, and crimes caused by the use of firearms, the regulation created a series of obstacles for those wishing to acquire weapons. With certain exceptions, transportation is prohibited. However, almost two decades after approval, Brazil still has terrible crimes related to the use of firearms. Although this creates difficulties for those who wish to carry guns and are prohibited from carrying them, according to statistics, the number of firearm-related deaths has not decreased so far. Recently enacted Decree No. 9,685/19 aims to make citizens who meet the basic requirements of the Disarmament Regulations more flexible in carrying guns. Although the decree was later repealed, there has been further discussion of the current precedent, namely, the flexibility of having guns regularly as a factor in increasing or reducing violence.

Keywords: Flexibility in the use of firearms. Decree 9.685/19. Trafficking in Firearms.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto do Desarmamento foi promulgado em 2003 para reduzir a circulação e comercialização de armas de fogo, reduzindo assim o alto nível de violência associado ao uso de armas de fogo.

No entanto, quase duas décadas após a aprovação do Regulamento do Desarmamento, embora esse regulamento imponha restrições legais para quem deseja possuir armas, o Brasil ainda mantém crimes violentos alarmantes relacionados ao uso de armas de fogo. E seu tamanho é explicitamente proibido.

Nesse caso, deve-se notar que posse e posse de armas têm significados diferentes. A posse de armas refere-se à manutenção de armas de fogo dentro ou no local de trabalho (ou em casa), enquanto a posse de armas de fogo se refere ao uso de armas dentro ou fora da residência. Cidadãos desse tamanho carregam coisas com eles.

Ao mesmo tempo, uma das promessas de campanha do atual presidente da República é mudar a proposta de alteração do Estatuto do Desarmamento, que está em vigor desde 2003 para facilitar a posse e a posse de armas pelo país, permitindo assim que “bons” cidadãos possam se defender.

Portanto, o Decreto nº 9.685/19 foi emitido em 15 de janeiro de 2019, permitindo que os cidadãos que atendessem aos requisitos básicos do Regulamento do Desarmamento tivessem maior flexibilidade na posse de armas de fogo: ou seja, sem antecedentes criminais²⁵ Ao longo dos anos, tem uma carreira jurídica, não respondeu a inquéritos policiais ou processos criminais e concluiu um curso de gestão de armas.

O objetivo do referido decreto é flexibilizar a posse legal de armas de fogo para quem comprovar a sua aplicabilidade através dos requisitos do processo de certificação da propriedade. A posse irregular de armas de acordo com o Artigo 12 e artigos subsequentes do Estatuto do Desarmamento, o comércio ilegal ou o tráfico internacional de armas continuará a constituir crime.

Por um lado, se a versão do decreto é uma agenda de campanha e promovida como uma forma de combater o crime, então alguns especialistas acreditam que isso pode aumentar a sensação de segurança das pessoas. Por outro lado, algumas pessoas pensam que esta medida não é suficiente e pode até surtir efeito contrário às medidas necessárias. Portanto, poucos dias após a edição do Decreto nº 9.685/19, foi questionado pela equipe técnica da Comissão Legislativa do Senado, que constatou que o aparelho havia ampliado o patrimônio de armas do país e, portanto, “estimou” os

chamados “controles”, estes são os “Federais A constituição concede privilégios ao chefe do Executivo, que pode fazer regulamentos e decretos sem fazer recomendações.

Portanto, esta pesquisa tem como objetivo analisar a legislação vigente sobre posse e porte de armas de fogo para investigar dados bibliográficos sobre o assunto e verificar o impacto da lei no Estatuto do Desarmamento e no Direito Penal, reduzindo assim a possibilidade de crimes envolvendo armas.

2 HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL

O controle das forças militares em território brasileiro não é um tema que recentemente tem atraído a atenção nacional. O Brasil tem procurado legisladores para restringir o uso de armas de fogo e seu papel no controle do uso efetivo, escala e simplicidade. Existe esse tipo de artefato.

O primeiro equipamento envolvendo o uso de armas de fogo foi chamado de “Regulamentos das Filipinas”. Com vigência de 1603 a 1830, esses cinco livros regulamentaram o ordenamento jurídico brasileiro, e o quinto livro é responsável pelo direito penal. Mais especificamente, será descoberto que o título LXXX é um criminoso com armas de chumbo, ferro ou pedra mágica. Portanto, quem for condenado a um mês de prisão, multado em quatro mil mentiras e desperdiçado em público, tornando-se um indivíduo que não pode apanhar de nascença, será “banido” para a África por dois anos (BISPO, 2010, p. 101).

Posteriormente, a Lei Penal do Império Brasileiro entrou em vigor em 1831. Os artigos 297, 298 e 299 do Capítulo 5 do parágrafo 4 “Crimes Policiais” da Lei tratam do “uso de armas defensivas” e impõem multas a essas pessoas. É proibido o uso de armas ofensivas e as armas que possuem são limitadas aos esforços de pessoal judiciário e militar, bem como armas autorizadas pelo Juiz de Paz (BICALHO, 2000, p. 224).

Além da responsabilidade criminal, o Decreto nº 24.602 de 6 de julho de 1934 estabeleceu o controle administrativo sobre a fabricação e venda de armas, munições e explosivos pelo exército brasileiro.

No campo do crime, de acordo com o Decreto nº 3.688, promulgado em 3 de outubro de 1941, a Lei de Infracções Penais criminalizou pela primeira vez o porte simples de arma de fogo. No entanto, em comparação com o quadro penal da difamação, este ainda é um representante muito sutil: embora o “crime de difamação” (artigo 138 da Lei Penal) preveja multas e detenção de seis meses a dois anos, o “crime” viola o Direito Penal “As condutas a que se refere o artigo 19º serão punidas com pena de prisão simples de 15 dias a 6 meses ou multa (BICALHO, 2000, p. 224).

O Decreto nº 3.688/41 apenas descreve o crime de porte ilegal de arma de fogo como crime, que entrou em vigor em 1997. No entanto, em face da enorme agitação social, o uso de armas e a imposição de punições irrelevantes às armas não tomou medidas proporcionais à seriedade que representava. Esse foi o primeiro movimento de promoção do desarmamento no Brasil e o controle de armas começou a entrar na agenda nacional. Além disso, novos dados e pesquisas mostraram que há uma relação direta entre a disponibilidade de armas e o aumento do número de homicídios, comprovando que quanto mais armas em circulação, maior o número de mortos. Portanto, a Lei nº 9.437 entrou em vigor em fevereiro de 1997, criminalizando a conduta e impondo penalidades mais severas às leis existentes na época.

Por outro lado, em junho de 2003, a Assembleia Nacional organizou outra “marcha silenciosa”, e os sapatos dos feridos atraíram a grande mídia e a opinião pública. A Câmara dos Deputados considerou o assunto pessoalmente e formou uma comissão mista de deputados federais e senadores para fazer a nova lei. A comissão analisou todos os itens em que as duas partes discutiram o assunto e elaborou uma lei conjunta: a Lei do Desarmamento.

2.1 Sistema nacional de armas

A Lei nº 9.347, de 1997, promulgada em 12 de dezembro de 1996, instituiu o sistema de registro de armas denominado SINARM (Sistema Nacional de Armas), caracterizado pelo fato de a posse ilegal de armas constituir crime, e não crime. Existem disposições na legislação anterior. Além disso, a lei também prevê outros tipos de crimes, como posse, detenção, posse, venda, arrendamento, empréstimo e outros comportamentos relacionados a armas de fogo.

Inicialmente, também no Capítulo 1, a Lei nº 9.437 instituiu o Sistema Nacional de Armas (SINARM), que estava vinculado ao Ministério da Justiça no âmbito da Polícia Federal e estendia todo o âmbito do sistema e sua titularidade a todo o território nacional.

- I - Determinar as características e titularidade da arma no momento do registro;
 - II - Registrar as armas produzidas, importadas e comercializadas no País;
 - III - Registro para transferência, extravio, furto e outros eventos que alterem os dados cadastrais, inclusive os decorrentes do fechamento de empresas de segurança privada e do transporte de valores;
 - IV - Determinar modificações que possam alterar as características ou funções da arma;
 - V - Integrar o acervo policial existente ao formulário de cadastro;
- Apreensões de armas de fogo Six-Record, incluindo apreensões relacionadas a procedimentos policiais e judiciais. (BRASIL, 1997).

O Capítulo II do Estatuto trata do registro de armas de fogo e estipula a obrigação de continuar com o registro de armas de fogo, exceto quando o mesmo expirar. Portanto, a certidão de registro depende de autorização do SINARM, que tem validade nacional e autoriza o proprietário a guardar a arma em sua residência ou local de trabalho, desde que seja o responsável legal da entidade.

O Capítulo III da Lei nº 9.437/97 contém disposições sobre porte de armas. Conforme mencionado nos artigos anteriores, a lei é bastante geral a esse respeito, limitando a aquisição de armas a atos controlados, portanto esta é uma regra com eficácia limitada. Por sua vez, para obter a licença de porte de arma de fogo, o requerente deve comprovar que é eticamente adequada, demanda efetiva, comportamento social produtivo, capacidade técnica e movimentação de mercadorias. O Capítulo 3 divide a posse de armas em duas categorias: a) O país onde o uso de armas é verificado apenas no país de residência do requerente; b) O governo federal que deve ser válido em todo o país em circunstâncias especiais.

No que diz respeito à classificação de crimes e penas, a “Lei SINARM” é uma lei ultrapassada que utiliza vários termos para descrever o mesmo crime. Portanto, possuir, deter, possuir, fabricar, adquirir, vender, alugar, alugar, vender, etc. viola a lei, uma vez que receber, armazenar, transportar, emprestar, emprestar, emprestar, usar, manter e ocultar armas licenciadas, o mesmo crime será cometido Crimes, e a mesma pena: detenção de um a dois anos, o que é bom. A única diferença na extensão da pena é o chamado caso “qualificado” e o parágrafo único do artigo, que estipula que se o agente for funcionário público, a pena é aumentada pela metade.

3 ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003 (“Regulamento do Desarmamento”) é mais criteriosa e detalhada do que a legislação sobre porte de armas anterior a 1997. Em todo o país, o uso de armas é proibido por padrão, mas em alguns casos, alguns pré-requisitos são atendidos.

De acordo com o Regulamento do Desarmamento, Lei nº 5123, de 1º de julho de 2004, em função da obrigatoriedade da formação profissional, somente as pessoas que realmente precisam dele podem ser autorizadas a portar armas no Brasil. O colégio exerceu efetivamente atividades profissionais.

Em relação ao comércio de munições, a fim de exercer maior poder sobre a venda dessas relíquias culturais, a referida lei só permite a venda de munição do calibre correspondente às armas registradas. Além disso, as empresas que fabricam esses produtos não são apenas legalmente responsáveis pelas mercadorias não vendidas, mas

também devem comunicar as vendas às autoridades competentes e manter um banco de dados contendo todas as características das armas.

Outra inovação trazida pelo Regulamento do Desarmamento é a legalidade do certificado de registro emitido pela Polícia Federal. Além disso, outros requisitos para a compra de armas de fogo foram determinados, e esses requisitos serão verificados regularmente, tais como: declaração de validade, aplicabilidade, ocupação legal, local de residência correto, capacidade mental e habilidades de manuseio.

3.1 Da posse e do porte de arma de fogo

Antes de continuar a analisar as leis atuais sobre posse e propriedade de armas, é recomendado identificar e definir esses dois conceitos.

Desta vez, as regras sobre posse de armas são as da tecnologia existente. Artigo 12 do Estatuto do Desarmamento:

Artigo 12. Posse ou manutenção de armas, acessórios ou munições permitidas para uso em sua residência ou dependentes da residência, mesmo em seu local de trabalho, sem cumprir leis ou regulamentos Proprietário ou tutor legal:

Pena - reclusão de 1 ano (um) a 3 anos (três), e multa. (BRASIL, 2003).

Nas palavras de Faccioli (2015, p. 107), “Portanto, as armas devem ser armazenadas em local coberto, seja em casa ou em outro local onde o proprietário certificado more ou trabalhe”.

Ou seja, somente quando o agente armazena as armas em sua residência, anexos e locais de trabalho, pode possuir armas, munições ou acessórios, desde que seja o dono do negócio e não precise ser dono de imóvel ou da empresa ou A responsabilidade da empresa.

De acordo com a decisão de Felix Fisher, Juiz do Tribunal Superior, sobre esta questão:

I - A posse ilegal de armas não deve ser confundida com a posse ilegal de armas. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, esse comportamento ainda está bem descrito. Posse inclui manter a arma de fogo na residência (ou dependente dela) ou no local de trabalho. O tamanho, por sua vez, assume que a arma está localizada fora de casa ou do local de trabalho. (BRASIL, 2008).

Por outro lado, a posse de armas é supérflua e cobre todas as coisas sem armas. Essencialmente, isso significa que o privilégio do indivíduo é carregar armas consigo, devidamente equipadas e prontamente disponíveis em casa ou no local de trabalho em todo o ambiente.

Portanto, de acordo com o art. O artigo 6º do Regulamento do Desarmamento proíbe o porte de armas de fogo para efeitos de soberania nacional (forças armadas) e segurança pública e privada, as armas de fogo estão restritas às pessoas jurídicas desportivas. Membro de uma organização que usa armas de fogo em armas de fogo. Este modelo se aplica à tributação federal brasileira. Além da profissão de auditor financeiro do trabalho, os cargos de auditor financeiro e analista tributário e, por fim, o caçador de meios de subsistência (BRASIL, 2003).

O artigo 5º também propõe a possibilidade de fornecimento de armas a residentes em áreas rurais com mais de 25 anos. As armas são caçadores que ganham a vida, que provam que dependem delas para sustentar suas famílias e podem usá-las. Para uso único, um ou dois tubos com diâmetro interno de bitola 16 ou menor, desde que se mostre um requisito de uso prático e eficaz. O Artigo 6, parágrafo 6, também estipula que os caçadores que usam espingardas para outros fins devem responder à posse ilegal ou ao disparo de armas de fogo licenciadas conforme apropriado.

O artigo 14 da Lei de Desarmamento estipula os tipos de lei criminal para a posse ilegal de armas de fogo licenciadas:

Artigo 14 A assunção, posse, aquisição, fornecimento, aceitação, armazenamento, transporte, transferência (mesmo que gratuita), empréstimo, encaminhamento, locação, custódia ou ocultação de armas, acessórios ou munições permitidas, mesmo que usadas gratuitamente, não serão e Diferente de decisões legais ou regulatórias:

Pena - reclusão de 2 (dois anos) a 4 (quatro anos) e multa.

Parágrafo único. Exceto que a arma de fogo é registrada em nome de um agente, os crimes previstos neste artigo não são tributáveis. (BRASIL, 2003).

Para a obtenção e posse de armas licenciadas, destacaram-se duas instituições públicas cadastradas responsáveis pelo controle do comércio e uso de armas no território nacional: o SIGMA, sistema de gerenciamento de armas militares, e o SINARM do exército brasileiro, que responde pelas forças armadas e auxiliares, caçadores e tem atiradores. O Sistema Nacional de Armas (SINARM), em contato com a Polícia Federal, é responsável pelo controle das demais armas permitidas.

3.2 Requisitos para a posse de arma de fogo

O artigo 12 do Decreto nº 5.123/04 também dispõe o Estatuto do Desarmamento, que enumera os requisitos dos interessados em adquirir armas, a saber:

I - Declarar a demanda efetiva;

II - Ter pelo menos 25 anos;

III - Apresentar original e cópia dos documentos de identificação pessoal, ou cópia autenticada;

IV - Por meio dos antecedentes criminais das secretarias de justiça federal, estadual, militar e eleitoral, é possível disponibilizar meio eletrônico para comprovar a ido-

neidade e a inexistência de inquérito policial ou processo penal em seu pedido de aquisição periódica de certificado de registro de arma de fogo;

V - Comprovante de ocupação e residência legal atuais;

VI - No processo de solicitação de certificado de registro de arma de fogo, e regularmente comprovar que possui capacidade técnica para o manejo de arma de fogo;

VII - A capacidade psicológica para o uso de armas de fogo é demonstrada em laudo conclusivo fornecido pelo psicólogo do Departamento de Polícia Federal ou aprovado pelo Departamento de Polícia Federal. (BRASIL, 2004).

Pode-se observar que este campo fornece evidências da demanda real. Com a promulgação do “Estatuto do Desarmamento” e a extinção da lei, o artigo 7º da Lei nº 9.437/1997 foi substituído pelo termo “declaração” e nele foram inseridas as seguintes regras:

1. Para adquirir uma arma de fogo, o cidadão precisa DECLARAR a efetiva necessidade (não comprovar) – art. 4º, caput;
2. Para requerer o Porte de Armas do art. 10º, o cidadão precisa DEMONSTRAR efetiva necessidade (não comprovar) – art. 10º, § 1º, I;
3. A única categoria que precisa COMPROVAR efetiva necessidade, é a dos caçadores de subsistência – Art. 6º, § 5º.

3.3 Requisitos para o porte de arma de fogo

O artigo 6 da Lei de Desarmamento proíbe o porte de armas, entre as quais possíveis exceções são estipuladas nos seguintes pontos: O porte de armas de fogo é proibido em todo o país, exceto nas circunstâncias especificadas nos regulamentos especiais e nas seguintes circunstâncias:

I - Um membro das forças armadas;

II - Os membros das instituições a que se referem as primeiras, segundas, terceiras, quartas e quintas alíneas da obra. Artigo 144 da Constituição Federal e artigo 144 da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP);

III - Nas condições previstas nesta lei, os membros das guardas municipais das capitais dos estados e municípios com população superior a 500.000;

IV - Membros da guarda municipal de municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) residentes;

V - O agente comercial da Agência Brasileira de Inteligência e o agente da secretaria de segurança da Secretaria de Segurança do Presidente da República;

§1º Nos termos desta lei, as pessoas previstas nos parágrafos primeiro, segundo, terceiro, quinto e sexto do título deste artigo têm direito ao porte de arma de fogo de propriedade particular ou fornecida por suas respectivas empresas ou instituições, ainda que as armas não o sejam. A reutilização tem efeito nacional sobre o conteúdo dos itens I, II, V e VI.

§1º-B. Oficiais penitenciários e carcereiros eficazes podem portar armas de propriedade privada ou fornecidas por suas respectivas empresas ou instituições, mesmo que as armas não estejam em serviço. (BRASIL, 2003).

Nesse caso, temos o art. Artigo 144 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 144. Use as seguintes agências para exercer a segurança pública, obrigações do estado e os direitos e responsabilidades de todos para manter a ordem pública e a segurança pessoal e de propriedade

I - Polícia Federal;

II - Polícia Rodoviária Federal;

III - Polícia Ferroviária Federal;

IV - Polícia Civil;

V - Gendarmerie and Fire Brigade. (BRASIL, 1988).

O artigo 6º também propõe a possibilidade de fornecimento de armas a residentes em áreas rurais com mais de 25 anos de idade. As armas são caçadoras. Eles ganham a vida para provar que dependem de armas para sustentar suas famílias. Desde que a arma seja realmente usada, uma ou uma ou duas armas de tiro único com um diâmetro interno de no máximo 16 calibres podem ser usadas. No entanto, todas as premissas citadas devem atender aos requisitos legais previstos no Estatuto do Desarmamento para poderem usar armas. Em alguns casos, o número de funcionários pode ser limitado, dependendo do tipo de funcionário. As funções podem ser funcionais (relacionadas ao cargo que você desempenha em suas funções ou atividades) ou pessoais para fins de proteção pessoal.

De acordo com os regulamentos de artes, a polícia federal pode possuir armas. O artigo 10 do Estatuto do Desarmamento invoca a hipótese do direito à legítima defesa, a chamada autorização para porte de arma de fogo. Este é um ato administrativo de discricionariedade e risco. No entanto, que requer uma análise da situação pessoal das partes envolvidas, podendo ser revogada em virtude de medidas cabíveis da área administrativa, devendo as partes interessadas obedecer sempre ao sistema de perigo direto e específico, ou seja, em situações de perigo. Diferente de outros cidadãos.

3.4 Das penas para a posse e porte ilegal de armas de fogo

Ao contrário da “Lei SINARM”, a “Lei do Desarmamento” trata de crimes relacionados com armas de forma mais detalhada, geralmente mostrando comportamentos diferentes em crimes específicos, estabelecendo assim uma relação entre a severidade do comportamento do agente e a severidade da punição correspondente. Entre em contato para melhorar a consistência.

O artigo 12º da citada lei estipula que a posse ilegal de arma licenciada é punível com pena de prisão e multa de 1 a 3 anos. Ou seja, sem o devido registro, os indivíduos não poderão manter tais artefatos, acessórios ou munições em seus corpos.

O artigo 13 discute negligência e prudência. Aqueles que deixarem de observar as devidas precauções para evitar que menores de 18 anos ou pessoas com deficiência intelectual usem armas serão sentenciados a um a dois anos de prisão e multados.

O artigo 14º do novo regulamento de desarmamento prevê o crime de posse ilegal de licença de uso, sendo as disposições específicas as seguintes:

Assumir, manter, adquirir, fornecer, receber, preservar, transportar, transferir, mesmo que seja gratuito, emprestado, remeter, alugar, manter ou ocultar o uso permitido de armas de fogo, acessórios ou munições, não autorizado e em desacordo com as leis ou regulamentos Decidir:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

Parágrafo único. Os crimes previstos neste artigo não são passíveis de fiança, a menos que a arma esteja registrada em nome de agente. (BRASIL, 2003).

Se a arma não for registrada, a posse de bens em local de residência ou local de trabalho constitui crime nos termos do artigo 12, enquanto em outro lugar, se o agente não for devidamente autorizado pela Polícia Federal, posse de bens em outro lugar é crime. De acordo com o disposto no artigo 14, ainda que a arma tenha sido registrada. A verdadeira finalidade do crime são as armas de uso permitido. No que se refere à proibição ou restrição do uso de armas, de acordo com o artigo 16 do Estatuto, a residência e a posse são crimes mais graves. Se os números, marcas ou quaisquer outras marcas de identificação nas armas forem riscados, suprimidos ou alterados, a posse ou posse é a única característica do crime nos termos do artigo 16, parágrafo 4, do Estatuto.

4 DECRETO 9.685/2019

O atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro (Jair Messias Bolsonaro) assinou o decreto em 7 de maio de 2019. O decreto visa regulamentar a Lei nº 10.826 / 2003 e, portanto, estipula a compra e o registro de armas de fogo no sistema nacional como sistema nacional de gerenciamento de armas.

Entre as alterações propostas no decreto mencionado, novas armas, como advogados, agentes de trânsito, consultores tutelares, motoristas de caminhão e políticos eleitos, podem ser transportadas sem a necessidade de se mostrarem “efetivamente necessárias” para transportar as armas de volta para suas casas, bem como o acesso à justiça para o tiro esportivo. Fora da autorização, os jovens não precisam dela e a arma mais mortal não se limita mais às forças armadas. No entanto, por ultrapassar o disposto no Estatuto do Desarmamento e não regular as regras aprovadas pela Assembleia Nacional, que decidiu reduzir o conteúdo da Constituição, cedo passou a questionar a constitucionalidade e constitucionalidade do referido Estatuto. Armas da

população brasileira - Este decreto amplia e facilita a posse e posse de armas de fogo, incluindo armas antes reservadas para segurança pública e militar.

Portanto, poucos dias após a promulgação do decreto sobre o alvo, foi decidido retirar o decreto sobre as regras de armas para que o Congresso pudesse discutir o tamanho das armas. Antes disso, apenas as novas regulamentações relacionadas a armas foram abolidas. A partir de 2004, o governo vai reeditar as regulamentações anteriores. Enquanto o Congresso não votar em projetos de lei apresentados pelo governo, essas regras permanecerão em vigor.

4.1 Relação entre a flexibilização da posse e do porte de armas com a redução da criminalidade

No Brasil, a posse de armas é regulamentada pelo Estatuto do Desarmamento, que estipula o registro, a posse e a venda de armas de fogo e munições, restringe o uso civil de armas e permite a posse e posse de armas somente após o cumprimento da regulamentação. Certos regulamentos. Requisitos, como a apresentação de certidões negativas, profissões jurídicas, habilidades psicológicas, habilidades técnicas e se existem declarações que justifiquem os fatos e as circunstâncias do uso de armas, tais como pessoas em posições perigosas ou pessoas em perigo de vida.

Para reduzir as mortes por arma de fogo, o “Estatuto do Desarmamento” sempre incluiu o escopo de influência na agenda.

No conceito de Waiselfsz (2017, p. 15), apesar de todas as restrições e burocracias impostas pelo Estatuto do Desarmamento, o Mapa da Violência mostra que o número de mortos não diminuiu de fato desde seu lançamento. No ano em que a lei foi aprovada, 39.325 pessoas morreram e, em 2014, esse número subiu para 44.861. Em outras palavras, independentemente das disposições do Estatuto do Desarmamento, o número de mortes relacionadas ao uso de armas de fogo só vem aumentando.

Ainda na opinião do autor, o “mapa da violência” é um dos estudos estatísticos mais confiáveis. Em 2016, entre 1980 e 2014, foram 967.851 vítimas de tiros, excluindo as que não tinham registro por motivos diversos. Portanto, não participa de pesquisas.

Pode-se inferir que quinze anos após a aprovação da Lei do Desarmamento, no que diz respeito à burocracia, aumentaram os procedimentos para que bons cidadãos tenham armas de legítima defesa, mas isso não diminuiu a violência no país. O número de mortes por armas de fogo não diminuiu como esperado, enquanto o número de armas criminosas aumentou, a maioria das quais não são registradas.

De acordo com o Mapa da Violência 2014, com apoio e dados da UNESCO, das 15 milhões de armas em poder dos brasileiros, 8 milhões são armas não registradas e ilegais, das quais 4 milhões são bandidos (VIEIRA; SILVA, 2018).

Embora algumas pessoas hoje acreditem que o Estatuto do Desarmamento é inválido, a doutrina e outras partes da jurisprudência acreditam firmemente em sua validade. Na descrição técnica emitida pelo Ministério Federal das Relações Públicas nos termos do Decreto nº 9.785, de 7 de maio de 2019, assinado pelo Presidente da República, a segunda edição é a seguinte:

De acordo com o “Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018”, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o Brasil atingiu um recorde histórico de 63.895 homicídios em 2017. Isso equivale a 30,8 mortes por 100.000 habitantes, o que é pelo menos 30 vezes superior ao índice europeu. Segundo o Ipea (Atlas da Violência, 2018), 71,1% dos homicídios no país são causados por armas de fogo, índice próximo de países como El Salvador (76,9%) e Honduras (83,4%). Desde a assinatura do Estatuto do Desarmamento em 2003, essa relação tem se mantido estável.

O Ministério Federal de Relações Públicas acredita que o índice de homicídios por arma de fogo se manteve estável desde a promulgação da lei:

É importante observar que a taxa de homicídios com armas de fogo representava 40% do total de homicídios na década de 1980, e vem aumentando continuamente até atingir o patamar de 71,1% em 2003 (ano da ratificação do Estatuto) e se manter estável até 2016. O número de homicídios com armas de fogo aumentou de 6.104 em 1980 para 42.291 em 2014, um aumento de 592,8%. Não fosse a Lei do Desarmamento e as restrições à posse e porte de armas, estima-se que entre 2004 e 2013 teriam ocorrido mais 160 mil mortes no país. (BRASIL, MPF, 2019).

Por outro lado, estudo do Instituto Sou da Paz (2015), apontou que a redução da circulação de armas legais tem impacto positivo na circulação de armas ilegais, pois as partes relevantes das armas ilegais têm origem legal.

O impacto da posse de armas no assassinato de mulheres e no crime de intolerância sexual também deve ser enfatizado. De acordo com levantamento realizado pelo Ministério da Saúde no Instituto Sou da Paz, em 2016, 2.339 mulheres foram mortas por arma de fogo no Brasil, o que significou cerca da metade dos homicídios femininos naquele ano. 560 pessoas foram mortas na casa. Em números absolutos, o Brasil é o país onde mais morrem mulheres na América Latina (1133 vítimas em 2017) (BRASIL, MPF, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto do Desarmamento foi promulgado em 2003 com o objetivo de controlá-lo por meio do Decreto nº 5123, de 1º de julho de 2004, a fim de reduzir a circulação de armas e impor penalidades severas por porte ilegal e contrabando.

Atualmente, para possuir uma arma, você deve ter pelo menos 25 anos e possuir uma ocupação legal e residência permanente. Você não deve prendê-lo ou responder a processos criminais. A Polícia Federal é responsável por avaliar esses requisitos, que deve ter capacidade técnica e psicológica para utilizar os equipamentos e declarar o uso efetivo das armas.

No entanto, desde sua promulgação, as discussões sobre a proibição da posse e porte de armas de fogo continuaram, e não houve consenso na sociedade, principalmente no campo político.

Na última eleição, Jair Bolsonaro (PSL), líder da eleição presidencial da República, colocou a proposta no centro do debate. Segundo relatos, o ex-agente federal é capitão do Exército aposentado e um dos defensores de armas populares mais populares do país. O sinal de apontar o dedo para uma arma se tornou uma de suas marcas registradas.

Em seu plano de governo, há uma proposta de “reformular o Estatuto do Desarmamento para proteger os direitos legais dos cidadãos de se defenderem, de suas famílias, de propriedades e de terceiros!”

Assim, o atual Presidente da República assinou o Decreto nº 9.685/2019, com o objetivo claro de derrubar a política pública de redução de armas adotada pela Lei nº 10.826/2003. A fim de reduzir a circulação, a posse e a posse de armas, a intenção expressa do decreto é mudar completamente esse rumo e caminhar para um modelo de qualificação universal de armas. Posse e posse de armas.

No entanto, a possibilidade dessa flexibilidade foi rapidamente questionada quanto à sua constitucionalidade e legalidade, e foi considerada um insulto à Lei do Desarmamento, que visa reduzir a circulação de armas.

Poucos dias após a promulgação do decreto, o decreto foi revogado após o Ministério Federal de Relações Públicas emitir uma descrição técnica. Uma investigação detalhada concluiu que o Decreto nº 9.685/2019 utilizou a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (“Regulamento do Desarmamento”) como pretexto para reverter ostensivamente o vetor normativo. O decreto não regulamenta as regras aprovadas pela Assembleia Nacional para reduzir os armamentos do povo brasileiro, mas amplia e facilita a posse e a posse de armas, inclusive as anteriormente reservadas à segurança pública e militar.

A pesquisa apontada pelo MPF mostra que, além de violar a Constituição, a flexibilização da posse e posse de armas também viola a base científica, o que tem repetidamente demonstrado que a ampliação da posse de armas não reduz a violência e

é prejudicial à segurança pública. A expansão levou ao uso ilegal e criminoso dessas armas. Estudo do Instituto Sou da Paz apontou que a redução do número de armas legais em circulação tem impacto positivo na circulação de armas ilegais, pois parte significativa das armas ilegais tem origem legal.

Portanto, com base nos dados fornecidos no processo de pesquisa, pode-se concluir que a posse e porte generalizado de armas, seja em áreas urbanas ou rurais, agravará o já grave problema de segurança pública. No Brasil, relaxar a posse de armas não resolverá o problema.

Na situação atual, faltam segurança pública, controle de fronteiras e prisões. Armar as pessoas e jogar o outro lado no caos não vai ajudar. A pessoa pode se defender, mas o governo tem pouco controle sobre as facções que dominam o armamento das prisões e favelas. Primeiro, é necessário prestar atenção à segurança pública antes que os civis possam armar civis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 20.602 de 06 de julho de 1934**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24602-6-34-503043-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 11 nov. 2020.

_____. **Lei Nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997**. Institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm. Acesso em 12 nov. 2020.

_____. **Lei Nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em 12 nov. 2020.

_____. **Decreto Nº 5.123, de 1º de julho de 2004**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5123.htm. Acesso em 11 nov. 2020.

_____. **Decreto nº 9.785, de 07 de maio de 2009**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, a posse, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9785.htm. Acesso em 11 nov. 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Nota Técnica nº 8/2019-PFDC, 13 de maio de 2019**. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/notas-tecnicas/nota-tecnica-8-2019>. Acesso em 10. 2020.

_____. **STJ - HC: 92136 RJ 2007/0237240-9**, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 26/08/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 03/11/2008).

BICALHO, M. F. B. **Crime e castigo em Portugal e seu Império**. Topoi, 1, p.224-231, 2000.

BISPO, I. C. G. **Do Reino ao Ermo: O Degredo para o Brasil no Livro V das Ordenações Filipinas**. Caderno UFS História, São Cristóvão: Editora da UFS, p.101-111, 2010.

WASELFSZ, J. J. **Mapa da Violência 2016**. Homicídios por armas de fogo no Brasil. Brasília: Flacso. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br> acesso em 17 de agosto de 2017. p. 14.

CAPÍTULO 16

O MODELO SÓCIO-INTUICIONISTA DE JONATHAN HAIDT E SUAS REPERCUSSÕES PARA O DIREITO

JONATHAN HAIDT'S SOCIO-INTUITIONIST MODEL AND ITS REPERCUSSIONS FOR LAW

Simone Tavares de Andrade¹
Camila Mazza da Silva²

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.16

¹ Universidade de São Paulo (USP). <https://orcid.org/0000-0003-1958-0538>.
standradeadv@gmail.com.

² Universidade de São Paulo (USP). <https://orcid.org/0000-0003-1871-6835>. camazzasilva@gmail.com

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo fazer uma breve introdução sobre a evolução da psicologia. Demonstrar, em aspectos gerais, o surgimento do modelo sócio-intuicionista, posteriormente, minuciar os principais aspectos deste modelo dentro do julgamento moral e, por último, relacionar o modelo do psicólogo Jonathan Haidt com o direito. No primeiro momento, o modelo sócio-intuicionista surge mediante pesquisas provenientes do contraponto com o racionalismo, enfatizando uma análise de pesquisa com modelo antirracionalista, ou melhor, utilizando-se do raciocínio moral para demonstrar sua causa direta com o julgamento moral, resultando em processo de intuição, julgamento, raciocínio e justificativa do julgamento a uma interação social entre pessoas. Subsequentemente, a análise volta-se para Jonathan Haidt e Fredrik Bjorklund, por meio do fluxograma, que associa o julgamento moral ao sócio-intuicionista. O sócio-intuicionista é um modelo relativo ao processo de julgamento moral, pelo qual identifica o fato dos seres humanos se associarem ao raciocínio e à deliberação moral. Por fim, o modelo sócio-intuicionista sugere que os materiais jurídicos utilizados nas decisões de casos difíceis do direito, moralmente carregados, aparecem como parte de racionalização *post hoc* de decisões tomadas com base em outros elementos morais. O raciocínio moral é uma forma de pensar lenta, controlada e consciente, na qual um sujeito procura argumentos que dará suporte ao julgamento determinado, defendendo a intuição que foi gerada pelo processo automático e célere.

Palavras-Chave: Modelo sócio-intuicionista. Jonathan Haidt. Intuição. Julgamento moral. Direito.

ABSTRACT

This article plays a role to make a brief introduction about the evolution of psychology. To demonstrate, in general aspects, the emergence of the socio intuitionist model, and then, to make further detail of the main aspects of this model within moral judgment. Lastly, it is possible to relate the psychologist Jonathan Haidt's model with the law. At first, the socio-intuitionist model emerges through research from the counterpoint to rationalism, emphasizing an analysis of research with an anti-rationalist model, or rather, using moral reasoning to demonstrate its direct cause with moral judgment, resulting in the process of intuition, judgment, reasoning and justification of judgment to a social interaction between people. Subsequently, the analysis turns to Jonathan Haidt and Fredrik Bjorklund, through the flowchart, which associates moral judgment with the socio intuitionist. The socio intuitionist is a model related to the process of moral judgment, by which it identifies the fact that human beings associate themselves with reasoning and moral deliberation. Finally, the socio intuitionist mo-

del suggests that the juridical materials used in difficult law cases decisions, appear as part of post hoc rationalization of decisions made on the basis of other moral elements. Moral reasoning is a slow, controlled and conscious way of thinking, in which a subject searches for arguments that will support the given judgment, defending the intuition that was produced by the automatic and fast process.

Keywords: Socio-interactionist model. Jonathan Haidt. Intuition. Moral judgment. Law.

1 INTRODUÇÃO

A psicologia, no início do século XX, passou por significativas alterações de interpretação, dando origem a psicologia experimental norte-americana – movimento behaviorista – que trouxe um novo conceito de psicologia como uma ciência do comportamento, mediante análise de eventos mentais que não eram passíveis de observação.

Desta forma, a psicologia tornou-se uma ciência objetiva baseada em leis científicas de comportamento (MILLER, 2007), liderando movimentos e influenciando trabalhos em diversos campos de pesquisa relacionados com a mente, percepção, memória e inteligência.

O movimento behaviorista encetou vestígios de que não era mais possível construir uma ciência do comportamento humano que prescindisse somente do estudo da mente. Para adequar os estudos, tornaram-se imprescindíveis a explicação, bem como a integração do comportamento humano com a mente humana. Infelizes com a tomada de rumo das pesquisas executadas pelos psicólogos tradicionais, alguns intelectuais reintroduziram, de forma peculiar, os estudos da mente, com o emprego da terminologia – cognição. (MILLER, 2007).

Simultaneamente, outras doutrinas demonstraram grandes interesses em pesquisar a cognição, focando na linguística, neurociência, ciência da computação, antropologia e filosofia – cada uma testemunhando, de forma particular, a cognição humana, e seu respectivo progresso.

Na década de 1950, os estudiosos iniciaram um movimento muito importante: a interação interdisciplinar da cognição humana. O movimento fez surgir à conhecida “ciências cognitivas”, que explora a descoberta das capacidades representacionais e computacionais da mente humana em interligação com a realização estrutural e funcional na mente (MILLER, 2007). Tal fenômeno tem como legado primordial a revolução cognitiva.

Joshua D. Greene e Jonathan Haidt asseguram que a revolução cognitiva, na década de 1980, foi amadurecendo e necessitando de uma associação com a revolução afetiva, haja vista a indispensabilidade de analisar as emoções morais (GREENE; HAIDT, 2002).

Com a chegada da década de 1990, os estudos da referida revolução afetiva ligou-se aos estudos dos processos mentais automáticos, ou seja, à capacidade da mente de solucionar inúmeros contratempos e adversidades de maneira automática e inconsciente.

Escorado com patrocínios valiosos da Antropologia, da Primatologia e da Psicologia Evolucionária, o professor Haidt publicou, em 2001, o artigo *“The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment”* (HAIDT, 2001), com o principal objetivo de trazer como alternativa, um novo modelo: o sócio-intuicionista de julgamento moral. Ulteriormente, o modelo sócio-intuicionista do julgamento moral sofreu uma revisão do colaborador de Fredrik Bjorklund, que publicou seu trabalho, em 2008.

O trabalho realizado, em 2001, focava em demonstrar a necessidade de reformulação da literatura racionalista, por meio de alternativas elucidadas sobre os resultados de pesquisas da tradicional cognição humana, assim como, a inserção de novos sinais encontrados a partir dessas pesquisas (HAIDT, 2012). A seguir, serão analisadas as impressões descobertas por Jonathan Haidt.

2 SURGIMENTO DO MODELO SÓCIO-INTUICIONISTA

O modelo sócio-intuicionista surge mediante pesquisas provenientes do contraponto com o racionalismo, enfatizando uma análise de pesquisa junto ao modelo antirracionalista, ou melhor, utilizando o raciocínio moral para demonstrar sua causa direta com o julgamento moral.

Em 1929, o juiz Hutcheson, em pesquisa, observou que as pessoas consideraram repugnantes e incorretas, com ausência de justificção racional, violações inofensivas de certos tabus. Tais violações inofensivas não prejudicaram as pessoas, porém, ainda assim, não encontraram razões que justificassem seus julgamentos.

Na mesma linha, na década de 90, Haidt, Koller e Dias realizaram um estudo sobre valores. Os pesquisadores basearam-se em criações de relatos fictícios¹ de violações a credices morais, sendo que os quais não gerariam danos aparentes. No decorrer da pesquisa, os estudiosos observaram um fenômeno esquisito, até mesmo bizarro:

¹ Exemplos: uma família come o cachorro de estimação após o falecimento em decorrência de um atropelamento; um homem usa a ossada de um frango para masturbação, após o ato, cozinha e come o frango.

a maior parte dos sujeitos optou rapidamente pelo julgamento moral, no entanto apresentavam dificuldades em encontrar explicações para suas reprovações.

Os argumentos utilizados foram fracos, na classificação dos cientistas. Mesmo com a apresentação da classificação dos argumentos, os sujeitos não modificavam os seus pontos de vista, algumas vezes até assumiam a dificuldade de mudar de opinião. Haidt denomina como estado de incapacidade de justificar sua posição de *moral dumbfounding* – estupefação moral ou estupidez moral. O *moral dumbfounding* reiterou-se por replicações e é um indício para o intuicionismo moral humano² (HAIDT, J.; BJORKLUND, F.; MURPHY, S., 2001).

Schnall, Haidt, Clore e Jordan (2005) também instigaram *flash* de repugnância por motivos irrelevantes nos sujeitos, porém, manipulando o ambiente. Eles pediam que os sujeitos fizessem julgamentos morais no momento em que estivessem sentados em frente a uma mesa limpa ou em frente a uma mesa suja com restos de guardanapos de lanches provenientes de *fastfood*. Nesse experimento, as pessoas ativaram baixo nível de repugnância. As conclusões desvendaram que os sujeitos, que marcaram um nível alto na escala de “consciência privada corporal”, tenderam a realizar julgamentos morais mais rigorosos na segunda situação.

De acordo com o modelo intuicionista humano, baseado em estágios iniciais da teoria do jurista Joe Hutcheson (1960) e Hume (1739-1740): a intuição guia ao julgamento. O julgamento, no que lhe concerne, resulta em um raciocínio. O raciocínio produz uma justificativa para o julgamento ser realizado, intuitivamente.

Após os preditos estágios iniciais, Jonathan Haidt incorporou o processo de intuição, julgamento, raciocínio e justificativa do julgamento a uma interação social entre as pessoas, que, para ele, são bastante influenciadas por atitudes de outras pessoas, que vivem aos seus redores e nos mesmos ambientes, que geram uma série de variedades de influências interpessoais.

As influências interpessoais podem contradizer os julgamentos originais de cada pessoa, o que demonstra que a pessoa tem a faculdade de ideia, mas rejeita sua intuição inicial. Essa oposição de ideia, geralmente, concretiza-se com o surgimento de novas informações: leituras de fontes diferentes aos seus conhecimentos anteriores, ou uma simples reflexão pessoal sobre a situação em análise.

Nesse sentido, para o ser humano, é bem mais fácil ir de encontro com o seu primeiro julgamento, em conformidade com o primeiro processo de intuição, julgamento,

² Tal fenômeno é chamado de estupidez moral. A estupidez moral gera bastante dificuldade de ser explicada se for analisada sob o foco do racionalismo, por outro lado, torna-se fácil sob o ponto de vista do intuicionismo humano. Foi a partir desse tipo de fenômeno que Jonathan formulou o modelo Intuicionista Social.

raciocínio e justificativa de julgamento, do que buscar evidências que possam contrariar o seu julgamento primário.

Em contrapartida, há um óbice para refletir sobre a intuição, o viés de confirmação, que nada mais é do que o resultado de uma avaliação sobre uma proposição, ou seja, quando se procura evidências dos dois lados e no final, conclui-se que um lado é mais propício à verdade.

Na prática, o viés de confirmação surte êxito da seguinte maneira: inicia-se com uma intuição inicial e, posteriormente, a verificação deu uma evidência para a confirmação. Caso se encontre qualquer indício, será confirmado e finaliza-se a polarização, interrompendo a análise em questão.

Philip Tetlock (1992) expõe uma teoria unificadora a respeito de julgamento e tomada de decisão. Para ele, o raciocínio é diretamente direcionado pela responsabilidade de pressões, melhor dizendo, caso venha a descobrir o que realmente é verdade, o sujeito irá raciocinar com mais cautela para descobrir o que é justificável, ou até mesmo defensável.

Na opinião de Jonathan Haidt (2013), os cientistas Hugo Mercier e Dan Sperber descobriram uma função para o raciocínio: função argumentativa. A função de raciocínio argumentativo traduz, na explicação proposta pelo viés de confirmação, uma busca de argumentos válidos destinados a persuadir. Tais argumentos determinam uma conclusão, conclusão esta que favorece os mesmos argumentos encontrados.

Jonathan afirma também que é um erro crer em uma faculdade de raciocínio moral, aquela preparada para realizar o julgamento de forma eficaz e imparcial, ainda que haja interesses próprios, inquietações com reputação e litígios entre grupos atraentes, em direção a uma conclusão específica.

3 JULGAMENTO MORAL E O MODELO SÓCIO-INTUICIONISTA

Para Jonathan Haidt (2012), existe uma ilusão em massa intitulada de racionalismo, quer dizer, uma ilusão ética/ilusão racionalista. O modelo racionalista reconhece que os operadores do direito tornariam-se habilitados a pensar/raciocinar, assim como deliberar, conforme uma “lógica fria”, pautada, exclusivamente, por motivos consideráveis e legitimamente justificadores.

O psicólogo social e professor de Ética na Universidade de Nova Iorque, descreve o conceito de crença dentro de um sistema de “ilusão racionalista” como: “A crença em uma faculdade confiável de raciocínio, capaz de operar de maneira eficaz e impar-

cial, mesmo quando interesse, preocupações com a reputação e conflitos entre grupos levam a uma conclusão específica” (HAIDT, 2012, p. 867, tradução nossa)³.

O racionalismo tem vários significados em Filosofia, sendo o mais usado é proveniente de uma visão pela qual a razão é a principal fonte de conhecimento válido sobre a ética.

Jonathan expôs uma visão alternativa à mente humana em contradição à visão racionalista da cognição humana. Em sua trajetória, para chegar ao modelo sócio-intuicionista, investiga o caso do juiz Joe Hutcheson (1929) que utilizou, após examinar todas as matérias disponíveis para o seu julgamento, sua imaginação, seu sentimento e seu palpite – aquele *flash* intuitivo de entendimento de ligação entre as questões judiciais e a decisão judicial.

Hutcheson faz uma menção entre a separação dos dois processos: julgamento e justificação, após o exame dos seus próprios métodos de tomada de decisão. O julgamento posiciona-se no primeiro momento, tendo em vista que a justificação é realizada logo a seguir, no segundo momento.

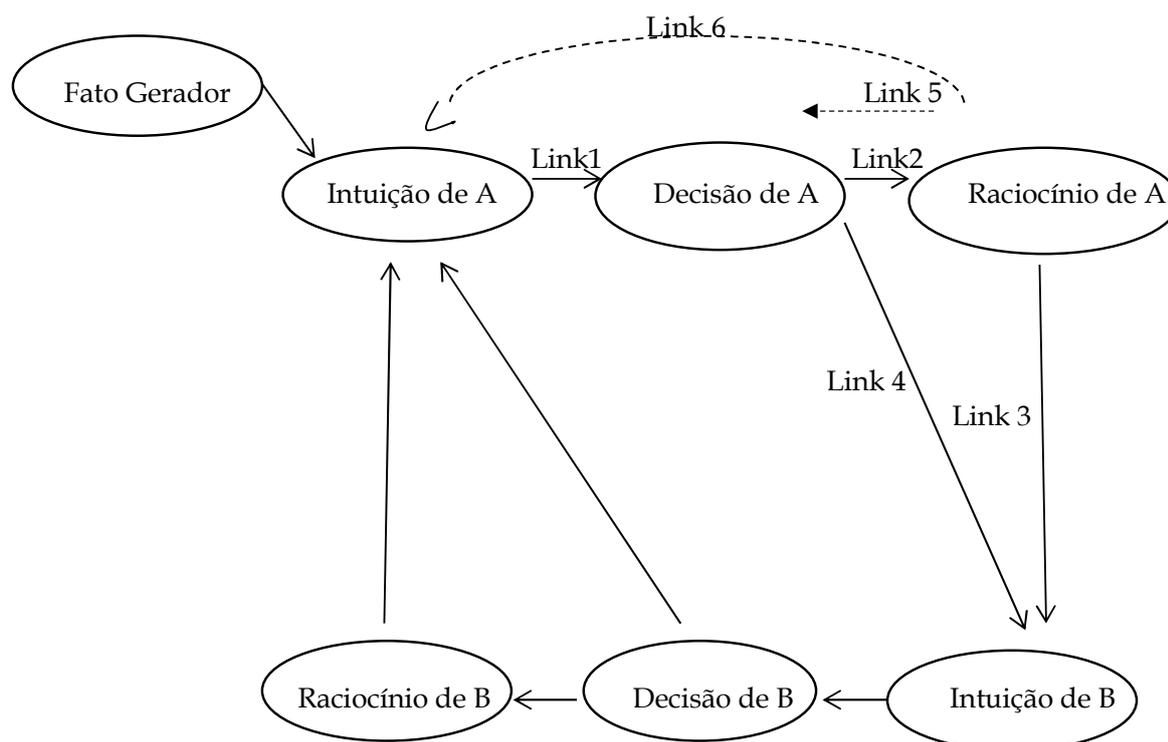
O modelo sócio-intuicionista é um modelo relativo ao processo de julgamento moral, pelo qual identifica o fato dos seres humanos se associarem ao raciocínio e à deliberação moral. Conquanto, o modelo alvitra que uma parcela, com um número significativo de parte da moralidade cotidiana atuante, é processada de forma automática.

O professor assevera que os julgamentos morais são consequências de céleres e de velozes intuições morais compartilhadas, em momentos primordiais, com argumentação moral racional (HAIDT, 2001). A mencionada argumentação racional desponta quando as pessoas descobrem teorias plausíveis da justificação de terem feito o que elas realmente fizeram, isto é, evocando primeiro a um conjunto de explicações comportamentais oferecidas pelo meio social/cultural (HAIDT, 2001).

Esse tipo de fenômeno fomentou a criação de uma figura para demonstrar, de forma, esquematizada o modelo sócio-intuicionista do julgamento moral:

³ “The belief in a reliable faculty of reasoning, capable of operating effectively and impartially even when self interest, reputational concerns, and intergroup conflict pull toward a particular conclusion” (HAIDT, 2012, p. 867)

Figura 1 - Modelo sócio-intuicionista.



Quatro principais links:

- 1) Decisão Intuitiva
- 2) Raciocínio Posterior
- 3) Persuasão Racional
- 4) Persuasão Social

Dois Links pouco utilizados:

- 5) Decisão Racional
- 6) Reflexão Individual

Fonte: Elaboração própria⁴

O fluxograma demonstrado na figura 1 retrata o modelo de julgamento moral dentro do sócio intuicionista e os seus links. Os dois primeiros são pessoais/individuais. Começa com a incidência de um fato provocador que articula a ligação do julgamento intuitivo. Conforme Haidt e Bjorklund (2008), a intuição moral é conceituada como um repentino surgimento na consciência, ou na margem de consciência, de um sentimento avaliativo (bom-mau, legal-ruim, amo-odeio, gosto-desgosto) sobre a índole, personalidade ou ações de uma pessoa, com nenhuma consciência de se ter passado pelos caminhos de averiguação de evidências, ou pela dedução ponderada de uma conclusão (HAIDT; BJORKLUND, 2008).

O primeiro link concatena a intuição com os julgamentos morais conscientes. O julgamento moral, em sua definição, é a experiência consciente de uma desaprovação ou aprovação, elencando uma crença na correção ou incorreção do proceder. Essa se-

⁴ Montagem da figura 1 baseada no fluxograma de HAIDT (2001, p. 814) e nos termos de NOJIRI (2019, p. 25).

quência entre intuição moral e julgamento moral é evitável, segundo explica Haidt e Bjorklund. Para eles, é provável que o ser humano venha a repelir ou a coibir determinadas intuições a partir dos valores que ele adote (HAIDT; BJORKLUND, 2008).

Assentada em pesquisa sobre raciocínio e tomada de decisão, Haidt e Bjorklund advogam que a origem da causa do julgamento moral não pode ser prontamente ligada pelo raciocínio mental. Nesse contexto surge, o segundo link – raciocínio *post hoc*, introduzido com grande sabedoria, que descreve o raciocínio moral como sendo um processo dificultoso no qual um sujeito busca razões/motivos que fornecerão alicerce ao julgamento já realizado. Com o advento na consciência de um julgamento moral, o sujeito procura por razões/motivos aptos a ampará-lo perante aquilo que ele conserva como conhecimento ou experiência cultural.

O terceiro e quarto links simbolizam a dimensão social da prática da moralidade. Os autores explicam que a linguagem dependeria de um meio para auxiliar os sujeitos a rastrear a reputação alheia e a manejá-las ao enfatizar a reputação de outra pessoa (HAIDT e BJORKLUND, 2008). Na prática, os links três e quatro, denunciam acontecimentos em que as pessoas revelam posições seguras a favor de um lado, seja pela justificativa que tiveram uma resposta intuitiva ou emocional à questão, seja pela justificativa que tiveram interesse privado em jogo. O raciocínio moral ciente e oral trabalha conforme a ação que venha desenhar sua evolução, digo, argumentar em favor de um lado da questão. As pessoas proporcionam razões às outras que poderiam ser analisadas como alternativas de mobilizar novas intuições.

Conforme Haidt e Bjorklund (2008, p. 190, tradução nossa), “na fofoca, as pessoas elaboram entendimentos compartilhados do certo e do errado, fortalecem os relacionamentos e se envolvem em atos sutis ou não tão sutis de influência social para reforçar a reputação de si mesmos e de seus amigos”⁵

Por sua vez, o quarto link sucede do diagnóstico de que também existem “meios de persuasão que não envolvem fornecer razões de qualquer tipo” (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 192). O modelo sócio-intuicionista admite que haja ocorrência de processos automáticos e desprovidos de consciência, os quais podem influir os sujeitos. Esses acontecidos possibilitam a persuasão, mediante processos não verbais. Haidt e Bjorklund asseveram que a referida persuasão ocorre, notadamente, nas situações em que exista duplicidade acerca do que advém: “as pessoas olham para os outros para ajudá-los a interpretar o que está acontecendo e o que eles devem pensar sobre o que está acontecendo”⁶ (2008, p. 192, tradução nossa).

5 In gossip people work out shared understandings of right and wrong, they strengthen relationships, and they engage in subtle or not-so-subtle acts of social influence to bolster the reputations of themselves and their friends”.

6 “People look to others to help them interpret what is going on and what they should think about what is going on” (2008, p. 192).

Por conseguinte, o quarto link também caracteriza o poder da persuasão social, ocasião em que os sujeitos estão demasiadamente conectados com o nascimento de normas num grupo. O modelo recomenda que o simples fato de um amigo, aliado, ou conhecido ter realizado um julgamento moral efetue influência direta em outros, inclusive no momento em que a persuasão fundamentada não é utilizada.

Os quatro links supracitados perfazem o chamado núcleo do modelo. O núcleo do modelo concede uma consequência ao raciocínio moral no julgamento moral, contudo somente quando existir uma relação interpessoal, ou seja, ocorrer entre as pessoas (HAIDT; BJORKLUND, 2008). Haidt e Bjorklund (2008) certificam que os sujeitos são capazes de se afiliar em raciocínio moral privativo, motivo pelo qual o modelo adere duas maneiras pelas quais o raciocínio moral privativo pode contornar os julgamentos morais, ou seja, o link do julgamento fundamentado (quinto link) e o da reflexão em contexto privado (sexto link).

Existem circunstâncias em que o raciocínio moral é realmente causal. Em tais circunstâncias, as pessoas têm a faculdade de se conduzir intencionalmente pela lógica, em direção a uma decisão que transcende as suas intuições incipientes. O link do julgamento fundamentado aparece como uma explicação desses fatos que Haidt considera que seja uma raridade, transcorrendo, principalmente, quando a intuição inicial for frágil e a capacidade de processamento for elevada (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 193-194).

A questão é que não distancia probabilidade dos sujeitos aplicarem uma “atitude dual” em que a conclusão do julgamento deliberado é verbalizada, contudo o julgamento intuitivo persiste existindo de forma obscura – fato que apenas pode ser revelada por medidas como o teste de associação implícita (HAIDT; BJORKLUND, 2008, p. 194).

A ligação da reflexão em contexto particular/privado aconselha que os sujeitos acionem outras intuições ou modifiquem as já existentes por meio da reflexão ao redor de um obstáculo. Um dos meios basilares é a tomada ou adoção de perspectiva do outro, que viabiliza que um sujeito veja um problema, com base em pontos de vista diversos e lide com intuições que competem entre si.

Haidt e Bjorklund(2008) tem colocado a prova o entendimento sobre a tomada ou a adoção de perspectiva do outro, como uma ação reflexiva pura, ou seja, ausente de qualquer componente intuitivo em si mesmo. Alicerçado a esse contexto, os estudiosos asseveram que a adoção de perspectiva do outro é um meio de reflexão em contexto privado que não prescinde de componentes intuitivos e afetivos para direcionar a referida reflexão.

4 O DIREITO E O SÓCIO-INTUICIONISTA

A psicologia, através de estudos sobre tomada de decisões judiciais de casos difíceis de direito, afirma que o juiz não deve se afastar de julgamentos morais. Para entender como isso ocorre, é notório saber quais são os principais aspectos da psicologia do julgamento moral focando no modelo sócio-intuicionista desenvolvido por Jonathan Haidt, desde 2001, com as alterações feitas, em 2008.

Ao localizar o problema da tomada de decisão judicial na conjuntura dos casos difíceis do direito, moralmente carregados, há como intenção tratar de uma prática social bastante específica. Nos casos difíceis, moralmente carregados, o juiz terá grandes embaraços para encontrar material jurídico capaz de se adequar, por si só, como guia da tomada de decisão. Diante dessa circunstância, parece uma questão de tomada de decisão com base em material extrajurídico: um juízo moral.

Na realidade de um poder judiciário, a tomada de decisão nos processos de julgamento moral sugerido pelo modelo sócio-intuicionista deverá ser formulada com base em intuições que surgirem na consciência de um juiz, ou na margem da consciência. Um sentimento avaliativo a respeito do caso na sua visão global, sem nenhuma consciência de já ter passado por fases de averiguação e balanceamento de evidências, ou pela indução controlada de uma conclusão.

O *flash* de intuição geraria um *know-how* na consciência de uma aprovação ou desaprovação de uma das partes, abarcando a crença na correção ou incorreção da decisão. Esse é o julgamento moral, material extrajurídico – juízo moral. Todo esse fenômeno acontece de uma forma célere e automática, precedendo à consulta dos materiais jurídicos oriundos do ordenamento jurídico.

Dentro do modelo sócio-intuicionista, não pode ser desconsiderada a possibilidade de que o juiz, conscientemente, ao reconhecer o caso difícil, moralmente carregado, se deixe seduzir por buscar uma solução que pode contar coma superação deliberada de suas intuições, seja pelo acionamento de outras intuições, ou até mesmo pela modificação das já existentes.

Uma vez tomada a decisão, o juiz tem o dever de fundamentar para seu pares ou para a comunidade e postar nos fundamentos do processo judicial uma justificativa, porém, justificar como motivo um *flash* intuitivo e inconsciente que o levou a tomar a referida decisão em favor ou contra as partes, não é o mesmo que buscar dentro do ordenamento jurídico uma norma que baseia.

Como já mencionado, segundo o modelo sócio-intuicionista, os materiais jurídicos aparecem nas decisões judiciais como parte de racionalização *post hoc* de decisões tomadas com base em outros elementos morais. No mesmo sentido, o raciocínio moral é uma atuação desenvolvida de forma lenta, controlada e consciente (também conhecido de sistema 2), na qual um sujeito procura argumentos que darão suporte ao julgamento determinado.

Essa racionalização *post hoc* não simboliza uma procura na memória mediante o processo cognitivo que gerou seus comportamentos, pois os referidos processos, esporadicamente, são acessíveis à consciência. O sistema 2 (aquele desenvolvido de forma lenta, controlada e consciente) operaria como um porta-voz das decisões tomadas inconscientemente pelo sistema 1 (forma rápida e automática), no entanto, não seria ele mesmo o tomador de decisão. O sistema 2 seria o advogado do sistema 1, isto é, o agente que defende a intuição que foi gerada pelo processo automático.

O fenômeno da racionalização resulta na inserção do viés confirmatório, e este consiste na inclinação involuntária que as pessoas têm ao angariar e lidar com evidências na deliberação ou argumentação para reforçar, de maneira inapropriada, hipóteses ou crenças, cuja verdade está em questão (HAIDT, 2013). Tratando exatamente sobre o direito, Haidt afirmou: “Entendo que viés confirmatório está entre as ideias psicológicas mais importantes que deveriam ser ensinadas em uma faculdade de direito” (HAIDT, 2013, p. 873).

O viés confirmatório se revela de varias maneiras, todavia, a estudiosa Ziva Kunda (1999) menciona a busca enviesada da memória – *biased searching of memory*. Para Kunda, a motivação atinge o raciocínio, porém, o realiza por meio de estratégias cognitivas para alcançar, criar e avaliar crenças. A anunciada motivação funcionaria como um gatilho, um deflagrador dos processos cognitivos que chegam à conclusão almejada. Kunda afirma, concluindo:

Eu já propus que quando alguém quer chegar a alguma conclusão em particular, então se sente obrigado a construir uma justificação para aquela conclusão que seria plausível para um observador imparcial. Ao fazer isso, a pessoa acessa somente um subconjunto enviesado das crenças e regras relevantes (KUNDA, 1999, p. 493).

No contexto da tomada de decisão judicial nos casos difíceis do direito, moralmente carregados, os juízes farão suas alegações, em prol de um julgamento moral gerado por uma intuição moral, e, assim, como qualquer pessoa, ficarão vulneráveis por suas crenças sociais/culturais, a partir de fontes dignas ou indignas de confiança, lançando-se, devidamente ou não, no processo de um viés confirmatório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo verificado anteriormente, o modelo sócio-intuicionista apoia-se em dois axiomas essenciais. O primeiro está diretamente relacionado com os julgamentos morais que, para Haidt (2001), são elucidados como produtos de intuições ao invés do raciocínio (racionalismo). Significa dizer que, inicialmente ocorre uma intuição de que alguma coisa é moralmente incorreta para, posteriormente, ir em busca de razões/motivos para explicar o sentimento surgido. Todo esse processo, não impede que os julgamentos morais sejam alterados, longe disso, pois esse acontecimento é o surgimento do segundo axioma.

As mudanças de julgamentos morais, em sua maioria, são ocasionadas por influência do grupo ou meio a que a pessoa pertence, ora por exposição à opinião moral dos membros do grupo, ora pelos argumentos que depositam em favor de suas posições – é o principal aspecto social do modelo sócio-intuicionista. A alteração do julgamento moral está muito mais interligada com a mudança de ponto de vista por influência do grupo do que por uma reflexão individual.

O modelo sócio-intuicionista resume, com sabedoria, a ideologia de Greene e de Damásio (2005), pois, destina as alterações nos julgamentos morais dos sujeitos às suas diversas reações intuitivas. Nesse modelo, a cognição moral se assemelha a um advogado, ou seja, chega primeiro à conclusão e depois busca motivos para defender, do que como um júri – que busca primeiro os motivos e depois chega à conclusão.

O modelo sócio-intuicionista também constitui os aspectos emocionais do julgamento moral sob a influência que a pressão do grupo pode exercer nas crenças morais das pessoas. As intuições são mais importantes do que as razões para os julgamentos morais, elas vêm primeiro, razões/motivos vêm somente depois, a fim de justificar o que foi estabelecido pela intuição. Já os julgamentos morais são instrumentais para o aumento da discordância entre grupos e o conseqüente aumento da polarização social.

Com base nesses resultados, chegamos à conclusão de que a ideia de convergência moral é, para muitos casos, incorreta. Ela deve ser substituída por uma suposição de divergência moral, especialmente, quando há fatores como a polarização social e a saliência emocional dos casos em questão.

Em uma autoanálise, Haidt afirma que caso seu estudo sobre a teoria do modelo intuicionista esteja correta, o mundo jurídico poderá ser beneficiado por três conseqüências importantes:

A primeira consequência é que os juízes são facilmente persuadidos por influências estranhas e impróprias. Já a segunda, diz respeito às ideias de Hutcheson e os realistas legais em aspectos, pelo menos, descritivos. Os aspectos descritivos dizem respeito a achados empíricos que não refletem diretamente conclusões normativas.

A terceira é o próprio problema dos conflitos de interesses. Os referidos conflitos são significativos, pois os seres humanos são excelentes em mentir para si mesmos. Por fim, chega-se à conclusão de que os homens são motivados a atingir um objetivo, para, somente, depois perguntar se realmente foi feita uma tomada de decisão defensável.

Os juízes demonstram uma cegueira em não observar o fato de que o ser humano é convencido de que não é influenciado por motivos estranhos. Cada um se convence de que faz uma decisão por conta dos seus próprios méritos. Na verdade, os juízes são vulneráveis à ilusão racionalista, bem como à crença de que estão aplicando simplesmente a lei.

Diante disso, os juízes devem averiguar as leis utilizando-se de compreensões mais condizentes com as naturezas humanas e suas particularidades, além do mais, devem ter um entendimento mais adequado de si mesmos e de suas próprias restrições.

REFERÊNCIAS

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GREENE, Joshua D.; Jonatahn Haidt. *How (and Where) Does Moral Judgment Work?*. Trends in Cognitive Sciences 16, 2002.

HAIDT, J.; BJORKLUND, F.; MURPHY, S. *Moral dumbfounding: when intuition finds no reason*. *Unpublished manuscript*. Charlottesville: University of Virginia, 2000.

HAIDT, J.; KOLLER, S. H.; DIAS, M. G. *Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog?* *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 65, p. 613-628, 1993.

HAIDT, Jonathan. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. Vintage, 2012.

HAIDT, Jonathan; BJORKLUND, Fredrik. *Social intuitionists answer six questions about morality*. In: SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (Ed.). *Moral psychology: the cognitive science of morality: intuition and 113 diversity*. Mit Press, v. 2, 2008.

HAIDT, Jonathan; HERSH, Matthew A. *Sexual morality: the cultures and emotions of conservatives and liberals*. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 31, n. 1, p. 191-221, 2001.

HAIDT, J. *Emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment*. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001.

Haidt, Jonathan. *Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment and the Search for Evidence*, **Alabama Law Review**, v. 64, 2013.

HUTCHESON JR., Joseph C. *Judgment Intuitive The Function of The Hunch in Judicial Decision*, **Cornell Law Review**, vol.14, 1929.

KUNDA, Ziva, *Social Cognition: Making Sense of People*. 1. ed. Copyrighted Material, 1999.

MILLER, B. W. Review Essay: *A Common Law teory of JudicialReview by W.J. Waluchow*. *American Journal of Jurisprudence*, v. 52. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1093365>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

NOJIRI, Sergio. **O Direito e Suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência**. 1 ed. Curitiba: Appris Editora, 2019.

SCHNALL, S.; HAIDT, Jonathan; CLORE, G. *Irrelevant disgust makes moral judgment more severe, for those who listen to their bodies*. Unpublished manuscript. Charlottesville: University of Virginia, 2005.

TETLOCK, P.E. (1992). *The impact of accountability on judgment and choice: Toward a social contingency model*. *Advances in Experimental Social Psychology*. v. 25, p. 331-376, 1992.



CAPÍTULO 17

ALTA PROGRAMADA PREVIDENCIÁRIA JUDICIAL: CRIANDO AMARRAS AO TRABALHO JUDICIAL E MALFERINDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

*JUDICIAL PROGRAMMED MEDICAL LIBERATION:
CREATING MOORINGS TO JUDICIAL ACTIVITY AND
TRANSGRESSING FUNDAMENTAL RIGHTS*

Wilton Sobrinho da Silva¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.17

¹ Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Direito e Mestre em Ciências Contábeis pela UFBA. Especialista em Gestão Estratégica de Recursos Humanos pela UCB-RJ. Juiz Federal Substituto do TRF da 1ª Região. wilton.sobrinho@yahoo.com.br

RESUMO

Discute-se a constitucionalidade do instituto da alta programada nas ações previdenciárias após a alteração da Lei nº 8.213/1991, com as modificações que lhe foram introduzidas pela Lei nº. 13. 457/2017. Por meio de uma revisão bibliográfica da doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema, busca-se demonstrar que as modificações acrescentadas na legislação previdenciária tiveram o condão de obstar desarrazadamente os efeitos da coisa julgada e, em última análise, revisar administrativamente o trabalho judicial desenvolvido no curso da ação previdenciária.

Palavras-chave: Alta médica judicial. Auxílio-doença. Coisa julgada. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article discusses the constitutionality of the institute of scheduled medical discharge in social security actions after the alteration of Law number. 8.213/ 1991 due to the changes that were introduced by Law number 13. 457/2017. For this article, a review of literature was used to collect judicial data including Law doctrine, legislation, and jurisprudence on the subject. Research findings demonstrated that the changes added to the social security legislation were able to prevent unreasonably the effects of *res judicata* and, ultimately, to review administratively the judicial work developed during social security action.

Keywords: Judicial medical discharge. Sickness benefit. *Res judicata*. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O benefício previdenciário denominado de auxílio-doença é devido ao segurado que se encontre incapacitado temporariamente para o exercício de atividade laborativa que lhe seja habitual (art. 59, da Lei 8.213/1991). Para que ele cesse é necessário que a incapacidade que lhe deu causa deixe de existir. Desse modo, na dinâmica anterior às alterações normativas introduzidas pela Lei nº 13.457/2017, o segurado era reavaliado pela perícia oficial da Previdência Social, quando então poderia ser constatada a retomada da capacidade para o exercício de sua atividade habitual.

Porém, nem sempre a Administração previdenciária conseguia cumprir esse dever, visto que o Instituto Nacional do Seguro Social não dispõe da força de pessoal especializado (médicos peritos) suficiente para dar conta da grande demanda de benefícios por incapacidade que são concedidos aos segurados.

A jurisprudência se sedimentou no sentido de invalidar o procedimento da alta médica, inaugurado pelo decreto federal nº 5.844/2006, por violação clara ao princípio da legalidade, uma vez que o referido diploma legal, no afã de resolver um problema administrativo da autarquia previdenciária, acabou por exorbitar de seu poder regulamentar e criou deveres ao segurado, destoando do comando legal.

Nada obstante, pretendeu o legislador pátrio dar aplicabilidade à tese da “alta programada judicial”, impondo ao beneficiário o ônus de requerer a realização de nova perícia, apesar da prévia constatação judicial de sua incapacidade. Para tanto, a novel legislação (Lei nº 13.457/2017) excluiu a necessidade de perícia judicial ou administrativa, para fins de cessação do benefício de auxílio-doença, devendo o segurado, se entender pertinente, requerer a prorrogação do benefício por incapacidade nos quinze dias anteriores à fictícia data de cessação. No entanto, as aludidas disposições normativas são evidentemente inconstitucionais naquilo em que tentam moldar, de forma antecipada, o resultado da atuação jurisdicional, porquanto afrontam a coisa julgada, considerada em sua modalidade prospectiva.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

No Brasil, a Previdência Social protege os segurados e seus dependentes de alguns infortúnios da vida cotidiana. Seja a viuvez, a idade avançada, a impossibilidade para trabalho por incapacidade. Entre tais benefícios previdenciários tem-se o auxílio-doença, que é devido em razão de uma incapacidade temporária para o exercício da atividade habitual do segurado da Previdência Social, portanto, a necessidade de averiguação acerca do estado de saúde do trabalhador, a fim de que seja verificado se o segurado padece de alguma enfermidade que o incapacite para o labor.

O requisito para finalização do benefício é simplório, porém, requer exame técnico para confirmação da referida (in)capacidade.

Na lição de Fábio Zambitte Ibrahim, o auxílio-doença é benefício temporário, pois perdura enquanto houver convicção, por parte da perícia médica, da possibilidade de recuperação ou reabilitação do segurado, com o conseqüente retorno à atividade remunerada¹.

O problema exsurge porque o Instituto Nacional do Seguro Social não dispõe da força de pessoal especializado (médicos peritos) suficiente para dar conta da grande demanda de benefícios por incapacidade que são concedidos aos segurados.

¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 640.

Deste modo, alguns segurados têm a sua reavaliação pericial retardada, ocasionando o recebimento da prestação previdenciária mesmo depois de já terem readquirido a possibilidade de trabalhar.

Para sanar este inconveniente, a Previdência Social, adotou a técnica da alta programada (inicialmente apenas na seara administrativa), consistente em indicar uma data presumida na qual o segurado poderia ser considerado apto ao exercício de suas atividades laborais.

Assim, veio à lume o Decreto nº 5.844, de 13 de julho de 2006, que, dando nova redação ao artigo 78 do Decreto 3.048/1999, preconizava que:

Art. 1º O art. 78 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“§ 1º O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia.

2º Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social.

No entanto, a Lei nº 8.213/1991, expressamente exigia a constatação de alteração no quadro incapacitante do segurado, para fins de extinção do benefício previdenciário. Essa regra geral da obrigatoriedade de verificação do estado de incapacidade do beneficiário está prevista no art. 60, caput, da Lei 8213/1991, *in verbis*:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (sem grifos original).

É hialino, portanto, que o referido procedimento padecia do vício da ilegalidade, visto que os decretos regulamentadores da lei ordinária não podem criar, modificar ou extinguir direitos não previstos na lei que pretendem dar execução.

Aliás, pode-se dizer que o decreto conseguiu afrontar o texto expresso da lei, pelo que foi prontamente rechaçado.

Por oportuno, colaciona-se o precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, na função de uniformizar a jurisprudência nacional assim se pronunciou:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO DO BENEFÍCIO À MÍNGUA DE NOVA PERÍCIA MÉDICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O procedimento conhecido por “alta programada”, em que a autarquia previdenciária, ao conceder benefício de auxílio-doença, fixa previamente o prazo para o retorno do segurado à atividade laborativa, à míngua de nova perícia, não encontra respaldo na legislação federal. 2. Em atenção ao art. 62 da Lei n. 8.213/91, faz-se imprescindível que, no caso concreto, o INSS promova nova perícia médica, em ordem a que o segurado retorne às atividades habituais

apenas quando efetivamente constatada a restauração de sua capacidade laborativa.
3. No que regulamentou a “alta programada”, o art. 78 do Decreto 3.048/99, à época dos fatos (ano de 2007), desbordou da diretriz traçada no art. 62 da Lei n. 8.213/91.
4. Agravo interno a que se nega provimento. (AINTARESP 201602666123, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:12/03/2018.)

No mesmo sentido, coleta-se pronunciamento exarado no PEDILEF – (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal) nº 05018835420144058310, da lavra do Juiz Federal Luis Eduardo Bianchi Cerqueira, referendado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência:

(...) Evidentemente, a inconstitucionalidade não está na alta programada em si, que é uma exceção à regra do caput do artigo 60 – que fala que o auxílio-doença será devido “enquanto houver incapacidade” –, mas, no parágrafo doze do artigo 60, que estipula um prazo qualquer, sem qualquer razoabilidade, como se fosse o prazo máximo para que alguém se recuperasse de qualquer espécie de incapacidade temporária - 4 meses ! Assim, por exemplo, para o gênio que elaborou essa norma, pouco importa se o segurado possui uma hérnia de disco, que necessite de uma ou várias cirurgias, para cura ou controle, o prazo máximo do benefício, caso o Poder Judiciário não fixe um prazo final, será de apenas quatro meses. Porém, esse não é o ponto que se discute no presente pedido de uniformização, mas a alta programada, como instituto. Nesse sentido, como se vê da redação do artigo 60, caput, da Lei 8213/91, o benefício deve ser concedido, até que a incapacidade deixe de existir. Quando a incapacidade deixa de existir? Isso só é possível afirmar, cientificamente, quando for aferida a ausência de incapacidade, através de perícia médica. Até porque, como as pessoas são diferentes, o sucesso e adesão em cada tratamento, vão depender de condições pessoais, o que também faz variar o prazo final de incapacidade. (...) PEDILEF 05018835420144058310, JUIZ FEDERAL LUIS EDUARDO BIANCHI CERQUEIRA, TNU, DOU 05/04/2017 PÁG. 153/224.)

Mais recentemente, a Medida Provisória número 767, de 06 de janeiro de 2017, convertida na Lei nº 13.457, de 26 de junho 2017, deu nova redação aos §§ 8º e 9º do art. 60, da Lei 8.213/1991, assim dispondo:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

(...)

8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício

9. Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei.

Analisando esse novo contexto normativo, inicialmente, é de se notar que tais disposições, originariamente previstas na MP 767/2017, de 06 de janeiro de 2017, não se aplicam aos casos de concessão ou restabelecimentos de benefícios anteriores à edição desses atos normativos. Dessa feita, prestigia-se o princípio da irretroatividade da lei, segundo o qual uma lei nova não pode voltar ao passado, não considerando situações já consolidadas na vigência da lei anterior.

Na verdade, o que pretendeu o legislador pátrio foi dar aplicabilidade à tese da “alta programada judicial” - já refutada por nossos tribunais-, pois impõe ao beneficiário o ônus de requerer a realização de nova perícia, apesar da prévia constatação judicial de sua incapacidade. Para tanto, a novel legislação (Lei 13.457/2017) excluiu a necessidade de perícia judicial ou administrativa, para fins de cessação do benefício de auxílio-doença, devendo o segurado, se entender pertinente, requerer a prorrogação do benefício por incapacidade nos quinze dias anteriores à fictícia data de cessação referida no art. 60, § 9º, da Lei 8.213/1991.

No entanto, as aludidas disposições normativas são evidentemente inconstitucionais naquilo em que tentam moldar, de forma antecipada, o resultado da atuação jurisdicional, porquanto afrontam o contido no art. 5º, XXXVI, da Carta Maior.

Com efeito, o mandamento constitucional estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nem se diga que não há violação da coisa julgada, porque a regra só seria aplicada nas situações em que ausente a fixação, pelo perito ou pelo juízo, da data de cessação do benefício. Isto porque, mesmo em tais casos, é flagrante a intenção de redução da carga impositiva contida na sentença.

A violação à coisa julgada, portanto, não é decorrente do julgamento de uma causa idêntica a outra anteriormente decidida pelo Poder Judiciário, como se conhece na versão tradicional das afrontas à coisa julgada. Alias, nessa quadra torna-se pertinente esclarecer o conteúdo da coisa julgada em nosso ordenamento jurídico. Para Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito e assegura ao vencedor a estabilidade dos efeitos desta sentença e impede que novas leis ou novas sentenças aniquilem ou reduzam a utilidade pacificadora o exercício de ação no processo de conhecimento.²

Em igual sentido, o professor Marcelo Abelha ensina que a coisa julgada se relaciona com a exigência de segurança jurídica, representando o fim da busca pela justiça. Atua, portanto, como mecanismo de segurança e estabilidade do ordenamento jurídico e das relações jurídicas decididas pelo Poder Judiciário³.

Entretanto, não é nesse sentido que se vislumbra a inconstitucionalidade das alterações normativas aqui discutidas. A violação à coisa julgada aparece enquanto caracterizada a coisa julgada como uma garantia constitucional, que não pode ser extirpada do ordenamento jurídico por via transversa. Relembre-se, com Dirley da Cunha

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 448.

3 ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 679.

Júnior, que a coisa julgada é uma garantia que evita a eternização dos litígios e, em consequência, a rediscussão das controvérsias⁴.

Ora, após um trabalho incessante pela busca da verdade real, com a realização de perícia judicial, muitas vezes com profissionais médicos especialistas de confiança do juízo e que atuam na Justiça Federal mediante designação custeada pelos cofres públicos, segue-se uma discussão legitimadora do laudo técnico produzido, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, para, só então, findar-se o processo judicial por meio de uma sentença, ou seja, o caso tramita por um dificultoso procedimento e termina com a apreciação criteriosa do órgão julgador.

E é justamente esse enfraquecimento do pronunciamento judicial que ofende a coisa julgada enquanto instituto de Direito, em sua modalidade prospectiva, isto é, antes mesmo da existência do ato judicial, uma norma infraconstitucional lhe retira a força vinculante. Ora, para que esperar que o pronunciamento judicial transite em julgado, tornando-se imutável e acertando a relação jurídica controvertida, se o legislador externou uma maneira de minar-lhe a carga declaratória no exato momento em que o prolator da decisão assina o ato judicial?

Sabe-se que as decisões em matéria de reconhecimento da incapacidade dos segurados da Previdência mantêm os seus efeitos enquanto durarem as razões da procedência do pedido. Ocorre que tais razões judiciais, firmadas pelo comando sentencial, só poderiam ceder diante de uma efetiva constatação de restabelecimento da capacidade laboral do segurado. Nunca poderiam ser desfeitas em termos de previsão, quase sempre sem indicação das razões que levaram o perito da autarquia a definir a data da alta programada.

Outros princípios constitucionais são igualmente maculados com a nova redação do art. 60 da Lei 8.213/1991, não havendo espaço para esmiúça-los nestes breves comentários. Citem-se os princípios constitucionais da separação dos poderes, da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da segurança jurídica como possíveis alvos da violação normativa, uma vez que a intenção da novel legislação conflita diretamente com o sentido de tais princípios, que sabidamente são fundamentos orientadores do Direito.

Nesse passo, se interpretada literalmente, a regra do art. 60, da Lei nº 8.213/1991, por via transversa, acaba por tornar inócuo todo o trabalho judicial desenvolvido no caso concreto, com o acertamento da relação jurídica em favor do beneficiário da Previdência Social, criando para este, um novo ônus, qual seja, o de requerer a reabertura do procedimento administrativo para comprovar que continua incapacitado.

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 666.

Dito de outra forma, a nova redação do art. 60, §§ 8 e 9º, da Lei 8.213/1991, inclui um “prazo de validade” para os efeitos das decisões judiciais, inclusive àquelas de conteúdo antecipatório do provimento judicial, e requer que o beneficiário desta decisão seja compelido a requerer o reexame da situação fática que lhe é favorável.

Em situação análoga, isto é, tratando dos efeitos da coisa julgada em relações de trato sucessivo, já decidiu o Colendo STF que:

A força vinculativa das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado *atua-rebus sic stantibus*: sua eficácia permanece enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos adotados para o juízo de certeza estabelecido pelo provimento sentencial. [MS 32.435 AgR, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 4-8-2015, 2ª T, DJE de 15-10-2015.].

Significa dizer, que, uma vez configurada judicialmente a incapacidade da parte autora, somente por meio de nova perícia será possível estabelecer a modificação do julgado e é claro que este ato deve ser atribuído aquele que detém interesse na cessação dos efeitos da decisão judicial.

Sabe-se que a Previdência Social enfrenta dificuldades operacionais para realizar as perícias médicas que lhe são cotidianamente demandadas. Contudo, tal situação foi amenizada com a permissão para firmar convênios com órgãos e entidades públicas que integrem o SUS (Lei 13.135/2016).

Pela ótica da Administração Pública, a famigerada alta programada pode ser justificada, pois reduz o custo do Estado com o pagamento dos benefícios. Entrementes, muitos segurados, sentindo-se pressionados pelas declarações de aptidão para o trabalho oriundas da autarquia previdenciária, acabam por retornar ao trabalho mesmo sem a plena condição de desenvolvimento de suas funções, situação que pode lhe trazer complicações médicas de incomensurável estatura.

O que dizer dos casos de incapacidade decorrente de doença psiquiátrica: qual o percentual de segurados que conseguem melhoras no quadro incapacitante decorrente de alterações psiquiátricas em apenas 120 (cento e vinte dias)? As máximas da experiência (art. 375 do CPC/2015) revelam que, ordinariamente, tais doenças não evidenciam melhora em período anterior a 12 (doze) meses, levando, portanto, à conclusão da inadequação da alta programada judicial ou administrativa nessas situações.

E quanto às decisões proferidas no contexto das tutelas provisórias de urgência? Teria o Órgão Julgador o dever de revalidá-las a cada 120 (cento e vinte dias)? Solução absurda, por óbvio. Submeter a decisão judicial fundada em verossimilhança do direito e no perigo da demora ao simples decurso de um lapso temporal de restabelecimento presumido.

É pertinente lembrar que, ao menos nesse ponto, a jurisprudência dos tribunais pátrios sinaliza no sentido de obstar o cancelamento administrativo dos benefícios deferidos em sede de tutela provisória, na forma exemplificada no julgado exarado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO PELO INSS. ILEGALIDADE. ALTA PROGRAMADA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Evidenciados nos autos a probabilidade do direito e o perigo de dano, deve ser deferida a tutela de urgência, determinando-se a imediata implantação do benefício de auxílio-doença em favor da parte agravante. 2. Nos casos em que concedido o benefício por incapacidade na via judicial mediante antecipação da tutela, o INSS pode realizar revisões periódicas, porém não está autorizado a cancelar o benefício durante a tramitação do feito, devendo comunicar o resultado de perícia administrativa que eventualmente conclua pela recuperação da capacidade laboral do segurado ao Juízo, que decidirá sobre a manutenção ou revogação da tutela de urgência anteriormente deferida. 3. Tratando-se de benefício concedido após o advento da Lei nº 13.457/2017, que alterou, dentre outros, o art. 60 da Lei n. 8.213/91, entendo não ser possível o estabelecimento de um prazo para cessação do benefício quando há clara impossibilidade de um prognóstico seguro acerca da total reabilitação da parte autora para o exercício de suas atividades. (TRF4, AG 5051353-78.2019.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator CELSO KIPPER)⁵

A solução, a meu ver, é mais ampla e depende da adoção de medidas administrativas que enfrentem o problema com criatividade, porém, dentro dos parâmetros constitucionais e legais que regem a matéria. Mais uma vez, andou mal o legislador ao tentar resolver os problemas financeiros do Estado por meio de alterações legislativas que repercutem negativamente nos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Uma alternativa viável, sem grandes dispêndios financeiros para o Estado e que, em linha de princípio, não viola os direitos dos segurados, seria a acreditação do corpo médico profissional das grandes empresas. Não é crível - ao menos não do ponto de vista econômico-, que uma empresa com mais de 200 (duzentos) funcionários queira que os seus colaboradores permaneçam fora do posto de trabalho, quando já tenham recuperado a sua capacidade de contribuir para os objetivos empresariais. Significa dizer que não há interesse em manter suspenso (por força do afastamento previdenciário) o contrato de trabalho de um colaborador já treinado e experiente. Isso, do ponto de vista, da organização empresarial seria deveras contraproducente. Assim, assegura-se a inexistência do viés oportunista, possível de se apresentar em outras empresas de menor porte e até mesmo nos casos de profissionais autônomos que procuram a proteção previdenciária somente após o acometimento dos infortúnios.

Deste modo, restaria à autarquia previdenciária direcionar os seus esforços para aquelas situações em que não se pode contar com a colaboração da sociedade para fins de fiscalização dos benefícios previdenciários.

⁵ TRF 4ª REGIÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 5051353-78.2019.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator CELSO KIPPER, DJE 18.09.2020

Seria o reconhecimento de métodos alternativos de controle estatal, passando a Previdência Social a realizar um controle mais robusto das situações remanescentes, porque teve o mérito de reduzir a conhecida “limitação de atenção”, técnica gerencial amplamente difundida na iniciativa privada, que consiste em reduzir a quantidade de tarefas a serem acompanhadas, para que sobre elas recaia a necessária atenção gerencial. Isso é feito com a separação das tarefas que apresentam menor incidência de desconformidade com os padrões, adotando-se, para estas, um controle mais ténue, porém efetivo, com o fito de direcionar esforços para os fatores críticos de desempenho da atividade.

Isso é uma estratégia usual no campo da gestão privada. De acordo com Simons, professor de Administração e Negócios da Universidade de Harvard:

A criação de valor por uma organização exige atenção gerencial, visto que esse pode ser seu recurso mais valioso. Devido à grande quantidade de informações disponíveis atualmente, o recurso mais escasso passa a ser a capacidade de processá-la.

Nesse panorama, a atenção gerencial se voltaria para aqueles casos em que há alguma suspeita de fraude ou de excesso na duração do período de concessão do benefício previdenciário em questão. Aliás, o sistema de fiscalização por amostragem parece já ser bem utilizado na Administração Pública, principalmente nos casos de apuração dos contribuintes que devem ser mais bem acompanhados, como nas situações que geram a “malha fiscal” da Receita Federal do Brasil.

Com efeito, assim compreendidas, essas medidas corretivas baseadas nos casos de sucesso da iniciativa privada, poderiam servir como catalisadoras de uma nova forma de pensar os problemas do serviço público. Afinal, a Administração Pública estaria a se valer das técnicas gerenciais adotadas pelas grandes companhias de negócios do mundo, para, observadas as peculiaridades relativas ao interesse público subjacente às entidades públicas, enfrentar as causas dos problemas de falta de recursos financeiros para sustentar a previdência social brasileira.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sanção do déficit financeiro do país não pode ser alcançada à custa do direito fundamental à prestação previdenciária daqueles cidadãos, outrora trabalhadores, e que, momentaneamente, se encontram acometidos de enfermidades incapacitantes, ainda mais quando esta impossibilidade de labor foi confirmada judicialmente, por meio de processo em que assegurado ao INSS o contraditório pleno.

Por tudo isso, entendo que, em qualquer caso, deve a Administração promover a intimação do segurado para que compareça à perícia, a fim de ser verificado o seu estado de saúde, para fins de cessação ou prorrogação do benefício por incapacidade.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2017.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 666.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 640.
- SIMONS, R. *Levers of Control: How managers use innovative control systems do drive strategic renewal*. Boston: Harvard Business School, 1995.
- TNU. PEDILEF 05018835420144058310, Relatpr JUIZ FEDERAL LUIS EDUARDO BIANCHI CERQUEIRA, DOU 05/04/2017
- TRF 4ª REGIÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 5051353-78.2019.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator CELSO KIPPER, DJE 18.09.2020
- STF. Mandado de Segurança: MS 32.435, Relator Teori Zavascki, 4-8-2015, 2ª turma, DJE de 15.10.2015.



CAPÍTULO 18

DIREITO DIGITAL E SUA INTERLIGAÇÃO COM O DIREITO CONDOMINIAL

Jose Alexandre da Silva¹

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.18

¹ Bacharel em Direito pelo Instituto Superior de Ciências Aplicadas de Limeira/SP, Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale, Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil, Palestrante e Articulista na Área Condominial e Imobiliária, e-mail: josealexandro@yahoo.com.br

RESUMO

É inegável que a era digital chegou para ficar, é sem dúvida alguma um caminho sem volta, e todas as áreas do direito estão sujeitas a essa tendência de melhoria e busca contínua de aprimoramento no afã de otimizar procedimentos e processos, utilizando as ferramentas da tecnologia, velocidade de rede e capacidade de armazenamento de informações, além da rapidez que as ferramentas em rede pode proporcionar, é um mundo novo na esfera dos condomínios, e desafia antigos profissionais do direito que ousem trilhar esse caminho assim como os novatos que enxergam um nicho de mercado amplamente a ser explorado. O texto abordará as dificuldades do setor e as possibilidades de melhorias, passando por uma análise do conjunto de normas que tutelam o setor.

Palavras-chave: Condomínio, direito digital, tecnologia, internet.

ABSTRACT

It is undeniable that the digital age is here to stay, it is undoubtedly a path of no return, and all areas of law are subject to this trend of improvement and continuous search for improvement in the desire to optimize procedures and processes, using the tools of technology. , network speed and information storage capacity, in addition to the speed that networked tools can provide, is a new world in the sphere of condominiums, and it challenges old legal professionals who dare to follow this path as well as newcomers who see a niche market share to be explored. The text will address the difficulties of the sector and the possibilities for improvement, going through an analysis of the set of rules that protect the sector.

Keywords: Condominium, digital law, technology, internet.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Digital x Direito Condominial, talvez não seja uma relação antagônica, mas sim de complementação, tendo em vista a evolução histórica desses dois ramos que nos últimos anos tem se tornado grandes atrativos para os profissionais operadores do direito, vale muito a pena um olhar sistematizado desses ramos, sob a ótica apurada e o prisma de conhecer para cooperar com a comunidade no geral, cada vez que se tem mais especialistas se debruçando sobre os temas do direito quem ganha sem dúvida alguma é a sociedade organizada. As dificuldades dos mais antigos no lidar com o direito digital e o direito condominial tem deixado essas duas áreas pouco exploradas e com um potencial muito grande para isso por aqueles que se pré dispuserem a buscar a aplicabilidade de seus conhecimentos em prol de aprimorar as áreas estudadas e criar um nicho de prestação de serviços de alta qualidade.

Um dos nichos que mais tem sido falados nos últimos tempos é o direito digital, isso acontece por dois motivos: A digitalização de processos devido ao trabalho remoto imposto pela Pandemia de Covid-19, mudou totalmente o cenário, com a intensificação do uso da internet, o direito digital tem se tornado uma das maiores tendências. A LGPD foi sancionada em 2020, e com isso a preocupação com segurança digital tornou-se muito maior, o trato com as informações passaram a ficar mais rígidas, mais do que nunca, as empresas precisam do apoio de um profissional jurídico que entenda as novas demandas do mundo da internet.

A observação do cotidiano e uma análise das normas, para um comparativo do que temos e o que poderemos ter com o advento de muitas ferramentas a serem ainda implantadas e implementadas no setor condominial alinhado a uma legislação robusta que deve aparecer para complementar a já existente deve nortear os estudiosos do direito, é esse o intuito do presente trabalho, fomentar o desejo de pesquisa e aprimoramento.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DIGITAL

O Direito Digital vem evoluindo a cada ano em uma velocidade cada vez maior, a eficiência vem sendo testada a cada novo problema, uma das principais questões com as quais o profissional deve lidar é a ciber segurança, para garantir a proteção jurídica de empresas e clientes. Com o uso massivo da internet, é cada vez mais importante discutir sobre o ambiente virtual e criar leis e regulamentações para proteger os direitos dos cidadãos. Ultimamente, os termos Lawtechs ou Legaltechs (descomplicação de contratos) têm sido muito discutidos e disseminados, e no mercado tem surgido muitas soluções inovadoras para o âmbito jurídico. Então, é importante ter um perfil aberto à tecnologia e ao novo modelo de trabalho do chamado advogado 4.0, superando os métodos ultrapassados e burocráticos, é um novo olhar, o olhar digital como fomento de lucratividade, e conformatação de procedimentos.

Para Darcy Ribeiro:

“Efetivamente, é provável que as sociedades futuras enfrentem seus maiores problemas no esforço por capacitar-se a utilizar seus poderes quase absolutos de programação da reprodução biológica do homem, da ordenação intencional da vida social, de condução do processo de conformação e regulamentação da personalidade humana e de intervenção sistemática nos corpos de valores que orientam a conduta pessoal”. (RIBEIRO, 2000, p. 176).

Quem não se lembra das primeiras aulas de informática, dos computadores de tela gigantes, com um casco enorme, disquetes grandes que pouco armazenavam, em

poucos anos veio o cd e o dvd, mais adiante pen drives e hd cada vez menores em tamanho físico e grandiosos em capacidade de armazenamento, hoje já temos armazenamento na nuvem, o mundo hoje é globalizado e está ao alcance do mouse, nos transformamos em uma grande comunidade virtual.

O mundo da informação e do conhecimento traz consequências nem sempre benéficas, de modo que o Direito Digital nasce da necessidade de ordenamento deste novo mundo, deste uso quase que indiscriminado da internet, dessas relações entre pessoas que sequer se conhecem de fato e muitas nem sequer de direito. Assim, a legislação deve determinar de maneira clara quais serão as regras para o correto uso das ferramentas em rede.

Nas palavras de Gustavo Corrêa Testa, “Os operadores jurídicos deverão utilizar o bom senso para dirimir questões jurídicas relacionadas à internet, procurando sempre relacionar a parte técnica com o ordenamento jurídico em exercício”. (CORRÊA, 2000, p. 107).

É preciso adequar a normativa jurídica para que essa acompanhe o evoluir do Direito Digital, ainda carente nesse aspecto, entretanto o poder judiciário não pode deixar de atender quem lhe bate à porta e por vezes vemos muitas decisões se basearem em analogias por falta de normas condizentes com esse crescimento irreversível. Doutor Mario Antônio Lobato de Paiva (BLUM, 2001, p. 669) sintetiza de forma simples, sua visão das dificuldades:

Sendo assim, a Internet torna-se uma realidade que não pode ser negada [...] No entanto, muito trabalho e estudo deverá ser levado a efeito tanto pela legislação quanto pela doutrina, posto que nem sempre será possível a aplicação analógica das normas ora existente às peculiaridades apresentadas pelos contratos eletrônicos.

O meio digital aproxima o maior número de pessoas possíveis, portanto é um novo universo que amplia a base territorial de trabalho elevando ao patamar de abrangência cada vez maior. Com o avanço dos meios digitais e o alto volume de dados gerados e armazenados pelas empresas, surgiu a preocupação com as consequências que o uso indiscriminado desses dados pode gerar.

Temos ainda a nova Lei Geral de Proteção de Dados que determina regras para a coleta, o armazenamento e o uso de dados pessoais. Fato que as empresas precisam se adequar às normas. Dentre elas, pode se destacar que é preciso obter o consentimento do titular para que a empresa possa captar e tratar os dados pessoais, além de protegê-los, por meio de medidas de segurança, contra acessos indevidos, acidentes ou práticas ilícitas ou ciber ataques, mas a Lei Geral de Proteção de Dados merece uma análise aprimorada e não será objeto desse nesse momento, mas é inegável que esse é mais um degrau de evolução do Direito Digital.

3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONDOMINIAL

O Direito Condominial vem evoluindo quase que na mesma velocidade do Direito Digital, no afã de acompanhar a evolução e apresentar regramentos mais claros e céleres aos operadores do Direito, e aos que necessitam desses regramentos no geral. Um sistema que antes só era encontrado nos grandes centros urbanos, hoje é cada vez mais acessíveis em cidades menores, o Condomínio como microssociedades com regras específicas que busca atender seu sistema em funcionamento harmônico. Nas palavras de Rodrigo Karpat, “O Condomínio precisa ser gerido como uma empresa, independente do seu tamanho”. (KARPAT, 2020, p. 11).

Para entender a evolução é necessário ir buscar a origem dessa forma de viver, certo mesmo que que dificilmente encontraremos um marco temporal nesse segmento que remeta ao início de tudo, é bem possível que com o crescimento das cidades, o distanciamento dos locais de trabalho e as ocupações em áreas mais centrais, despertaram esse modo de vida, otimização de espaços e valorização da busca por qualidade de vida tenham influenciado diretamente para o surgimento desses ecossistemas. Rodrigo Karpat, afirma que a expansão urbana contribuiu significativamente para esse surgimento. (KARPAT, 2020, p. 17).

Com esse crescimento vertiginoso, há necessidade de que as normas acompanhem também esse novo despertar de forma de convivência, sempre pautando regras que mitiguem conflitos e norteie a convivência saudável entre os indivíduos. Dentre o conjunto normativo que se apresenta no ordenamento jurídico atual, temos a Constituição Cidadã de 1988, a CF traz vários direitos tutelados que se refere ao tema, ex: Direito a inviolabilidade do domicílio, em seu artigo 5, inciso XI, o Código Civil também versa sobre, sendo a lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 a principal fonte do Direito Condominial no Brasil. Há ainda a Lei 4.591/64, Lei do condomínio que foi derogada parcialmente e não de forma expressa no que se contrapõe ao Código Civil. (KARPAT, 2020, p. 22).

E por fim temos leis estaduais e municipais, que versam sobre o tema, trazendo modernidade ao campo do Direito Condominial, há que se ater a cada ente federativo, respeitando o alcance e competência. Na esfera privativa de cada condomínio podemos dizer que a convenção condominial é a Lei maior daquele sistema, nesse ponto os operadores do direito bem como os atores que compõe o universo em questão podem se debruçar e traçar uma convenção condizente com as especificidades de cada sistema, ocupando – se de clareza e completividade para não haver lacunas e interpretações diversas.

De uma compilação da relação de 41 leis federais, apenas apontando itens mais relevantes, mas não se limitando a eles, elaborada com base na literatura de Pereira (1961), Queiroz e Krieger (2014), Schwartz (2009), Quirino (2010), Rizzardo (2014) e Souza (2007), destacam-se as 15 mais relevantes abaixo, e, dentro desta classificação, as três mais importantes, em negrito:

1. Código Civil de 1916 - define o condomínio geral;
2. Decreto-Lei nº 3.688/1941 - Lei das Contravenções Penais: a omissão voluntária do síndico se torna um crime (art.3);
3. Decreto-Lei nº 5.452/1943 - Consolidação das Leis do Trabalho;
4. Lei nº 2.757/56 - aplicação da CLT aos funcionários do condomínio;
5. **Lei nº 4.591/1964** - dispõe sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias: o condomínio pode ser criado voluntariamente (incorporação imobiliária) ou por herança etc.;
6. Lei nº 5.869/1973 - Código de Processo Civil (CPC): habilita o síndico ou o administrador a representar o condomínio em juízo (grifo nosso);
7. Lei nº 6.514/1977 - Institui as Normas Regulamentadoras na CLT, Capítulo V, Título II, relativas à Segurança e à Medicina do Trabalho;
8. Lei nº 6.434/1977 - acrescenta às competências do síndico a guarda de toda a documentação do condomínio durante o prazo de cinco anos para eventuais necessidades de verificação contábil;
9. Lei nº 7.182/1984 - condiciona a quitação das dívidas condominiais para alienação de um bem;
10. Lei nº 8.009/1990 - Lei do Bem de Família: autoriza a penhora do bem de família por dívidas condominiais, IPTU e outros impostos;
11. **Lei nº 8.245/1991** - Lei do Inquilinato;
12. Lei nº 9.605/1998 - Lei dos Crimes Ambientais: o síndico passa a ser responsável pelos crimes ambientais cometidos pelo condomínio (art. 3);
13. Decreto-Lei nº 3.048/1999 - Regulamento da Previdência Social: síndico remunerado é segurado obrigatório;
14. **Código Civil - Lei nº 10.406/2002**: reformula a Lei do Condomínio Edilício e veta alguns artigos da lei 4.591/64;
15. Lei n. 13.105/2015 - Novo CPC: o artigo 784, inciso X, define que as ações de cobrança de atrasados serão agora consideradas título executivo extrajudicial, tornando-as mais céleres;

4 CONCLUSÃO

No Brasil, o código civil de 1916, trouxe avanços na questão condominial, porém não tratou sobre o tema condomínio edilício que foi regulamentado pela primeira vez com o Decreto nº 5.481 de 1928. A evolução da sociedade brasileira no século XX foi determinante para a transformação das Leis que tratam sobre o condomínio. O Novo Código Civil que iniciou sua vigência a partir do dia 11 de janeiro de 2003 traz dois capítulos que tratam exclusivamente do assunto, os capítulos VI e VII que discorrem respectivamente sobre Condomínio Geral e Condomínio Edilício. A relevância dessa evolução é que precisa ser sempre estudada e observada sob o prisma da evolução

sem burocratização, é evidente que o mundo está caminhando para desburocratizar processos e sistemas por meio de algoritmos e ferramentas em rede, a normatização acompanha a evolução das ferramentas digitais e presenteiam as gestões com elementos mais claros, formas mais ágeis de soluções de conflitos, amplitude de trabalho, mitigação de prejuízos, etc.

A didática tem se alterado para uma formato também mais acolhedor e o linguajar jurídico sofisticado e de difícil interpretação por quem não é do meio jurídico tem perdido espaço nesse novo cenário condominial, exatamente porque dialoga com um pluralismo de atores. O surgimento de profissões ligadas ao setor também é uma crescente, um exemplo é o síndico profissional, diversas instituições oferecem capacitação para esse novo profissional, o que demonstra que não há mais espaço para aventureiros ou pessoas despreparadas para lidarem com as questões condominiais cada vez mais interligadas. O síndico profissional é uma pessoa que, em geral, não reside no prédio e é paga para exercer a função de síndico, podendo ou não contar com o auxílio de uma empresa administradora. Muitas vezes responde pela administração de vários prédios ao mesmo tempo, podendo cobrar pelos seus serviços com base no número de apartamentos ou na arrecadação do prédio (SCHWARTZ, 2013, p.54).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. ART. 5º. 37. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da internet**. Saraiva, São Paulo, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**. São Paulo, Publifolha, 2000. (Coleção Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro da Folha de São Paulo).

KARPAT, Rodrigo. **Questões Recorrentes da Vida em Condomínio**. Bonijuris, Curitiba, 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002** (Institui o Código Civil). Acessada em: 17/05/2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

QUEIROZ, L. F.; KRIEGER, O. M. **Legislação do Condomínio: coletânea prática**. (3 ed.). Curitiba: Bonijuris, 2014.

RIZZARDO, A. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. (3 ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHWARTZ, R. B. **Avaliação de desempenho da administração de condomínios residenciais**. Monografia (MBA em Gerenciamento de Facilidades) Universidade de São Paulo, 2009.

SCHWARTZ, R. B. **Revolucionando o Condomínio**. (14 ed.). São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWARTZ, R. B. **Administração de condomínio exige profissional com registro.** Disponível em: <http://www.direcionalcondominios.com.br/sindicos/rosely-benevides-de-oliveira-schwartz/item/2714-administracao-de-condominio-exige-profissional-com-registro-por-que.html>. Acessado em 17 de maio de 2021.

SOUZA, A. C. **Condomínio em Edifícios:** manual do condômino: convenção, administração, modelos de atas e editais. (5 ed.). São Paulo: Atlas, 2007.

CAPÍTULO 19

DESAFIOS DO PSICÓLOGO NO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

CHALLENGES OF THE PSYCHOLOGIST IN INSTITUTIONAL WELCOME

Dayse Marinho Martins¹
Adriana Alves Silva²
Claudio Dias de Sousa³
Dayane de Sousa Lima⁴

DOI: 10.46898/rfbe.9786558890270.19

¹ Dr^a em Políticas Públicas (UFMA). daysemarinho@yahoo.com.br
² Acadêmica do curso de Psicologia da Universidade Federal do Maranhão
³ Acadêmico do curso de Psicologia da Universidade Federal do Maranhão
⁴ Acadêmica do curso de Psicologia da Universidade Federal do Maranhão

RESUMO

Análise sobre a atuação do psicólogo no contexto do Acolhimento Institucional. A metodologia utilizada constitui em uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, subsidiada por uma entrevista realizada com um Psicólogo que atua na Secretaria de Assistência Social - SEMCAS. A partir da análise da entrevista foi possível identificar os desafios nesse campo de atuação que incluem a relação com esferas do poder público, da equipe técnica, dos adolescentes e seus familiares e na práxis da profissão. Foi constatado que as questões relacionadas à qualidade de vida e à saúde mental da equipe técnica são fonte de atenção, causando impactos no exercício da profissão, sendo necessária a atuação voltada para a ressignificação destas vivências.

Palavras-chave: Atuação do Psicólogo. Estatuto da Criança e do Adolescente. Acolhimento Institucional.

ABSTRACT

This study analyzes the role of psychologist in the context of Institutional Care. The methodology incorporated in a bibliographic and qualitative research, supported by an interview with a Psychologist from the County Department of Childhood and Social Service - SEMCAS. From the analysis of the interview, it was possible to identify the challenges in this field of action that include a relationship with the power of public spheres, the technical team, adolescents and their families and in the praxis of the profession. It was found that issues related to the quality of life and mental health of the technical team are a source of attention, causing impacts on the exercise of the profession, requiring action aimed at reframing of these experiences that also include a technical team around suffering.

Keywords: Role of Psychologist. Statute of Children and Adolescents. Institutional Care

1 INTRODUÇÃO

Cuidar da criança e do adolescente como uma fase diferenciada da vida nem sempre foi uma preocupação do Estado. A atenção voltada para a proteção dessa categoria enquanto cidadãos que precisam ser resguardados da violência e protegidos pela sociedade em geral tem sido um trabalho de várias entidades e órgãos como Estatuto da Criança e Adolescente - ECA; Conselho Tutelar; Secretarias Municipais da Criança e Assistência Social - SEMCAS, dentre outros que estão diretamente envolvidos em proteger a criança e adolescente em situação de risco.

O Estado preocupou-se em estabelecer leis que preservem a integridade da criança e adolescente como dever da família, da sociedade e do Estado. A Lei nº 8.069/1990

orienta algumas prescrições voltadas para este público. O art. 1º dispõe da proteção integral à criança e adolescente. A faixa etária que está protegida por esta Lei, são crianças até 12 anos incompletos e adolescentes entre 12 e 18 anos incompletos.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (DOU, 1990, p.01).

O parágrafo único é enfático ao anunciar que este direito é atribuído a toda criança e adolescente, não havendo qualquer discriminação, tais como: nascimento, situação familiar, idade, sexo, etnia, cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento ou de aprendizagem, condição econômica, ambiente social etc.

Nós discutiremos especificamente os desafios do psicólogo no Acolhimento Institucional para adolescentes¹. Protegidos pelo Estado, este público-alvo é retirado da família por sofrerem violência, seja ela física e/ou psicológica. Manteremos o sigilo em relação a instituição pesquisada, bem como o entrevistado, respeitando assim o artigo 247, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe divulgar informações de forma total ou parcial, sem a devida autorização, por meios de comunicação, documentos: administrativos ou judicial referente a criança ou adolescente (IBDEM, p.72).

É necessário ressaltar ainda que a atuação do psicólogo nesta instituição está dentro do campo teórico e da práxis inerente ao exercício da profissão, que por sua vez está voltada para a análise crítica de grupos e sociedades na busca por compreender o sujeito em sua dimensão biopsicossocial. Entendendo a comunidade como um lugar em que todas as pessoas que constituem essa relação, devem ser ouvidas, devem ter voz, onde a vida em comunidade não anula a singularidade de cada um.

[...] Vivendo em comunidade, as pessoas têm possibilidade de superar esses extremos, mantendo sua singularidade, mas necessitando dos outros para sua plena realização. Na comunidade elas têm voz e vez, podem colocar em ação suas iniciativas, desenvolvem sua criatividade, mas seu ser não se esgota nelas mesmas: elas se completam na medida em que se tornam um “ser para” exercitando sua plena vocação de animal político, social (GUARESCHI, 1996, p.96).

Dessa forma a Psicologia se coloca como uma área de atuação que possui um olhar diferente sobre os indivíduos e a sociedade, no sentido de trabalhar sob a lógica, que os sujeitos assumam o papel de protagonistas da própria história, busquem soluções para as desigualdades sociais e tenham acesso a direitos através da sua própria luta.

Uma ciência que se compromete com a transformação social, não usando o conceito de comunidade como ideologia para sustentar discursos políticos, mas uma Psi-

1 Antes chamado de “Casa Abrigo”, atualmente este termo não é mais permitido, julga-se que seja pejorativo, o ECA, substituiu pelo nome Acolhimento Institucional.

ciologia voltada para o povo, em que os psicólogos são vistos como agentes da preservação de Direitos.

No caso do nosso objeto de estudo especificamente é o Estado quem garante os direitos desses grupos em situação de vulnerabilidade social, de forma provisória, até que se tenha a garantia que a criança ou adolescente esteja seguro e cuidado junto a sua família, seja ela a biológica ou adotiva.

2 DO CONSELHO TUTELAR AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Torna-se essencial, na conjuntura educacional do Brasil contemporâneo, a realização de pesquisas que abordem a percepção das relações entre o ENEM e o currículo do Ensino Médio. Assim, cabe considerar a produção científica brasileira, caracterizando o estado da arte dos estudos brasileiros sobre a referida temática.

A criação do Conselho Tutelar foi instituída junto com a criação do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – em 1990, disposto no Título V, da lei nº8069 de 13 de julho de 1990. De acordo com o artigo 131 dessa lei, “o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990).

Por órgão permanente, entende-se que é contínuo, duradouro e ininterrupto, ou seja, o Conselho Tutelar não pode ser desfeito ou extinto pela vontade de um governante, não sendo possível, portanto, deixar de existir. Sua ação não deve sofrer solução de continuidade, sob qualquer pretexto (MPPR, 2017).

Por autônomo, entende-se que o Conselho tem liberdade para atuar em sua jurisdição e não depende de uma escala hierárquica. Não depende de autorização de ninguém – nem do prefeito, nem do juiz – para o exercício das atribuições legais que lhe foram conferidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme artigos 95, 136, 101, I a VII, e 129, I a VII.

A autonomia do órgão é expressa de duas formas: 1) Em como o Conselho vai atender suas atribuições, quais ações irão realizar, de que forma se relacionam com a família, comunidade, sociedade e o poder público para defesa do estatuto; 2) Em quais medidas serão aplicadas e em que momento será feito. A autonomia garante a não interferência nos dois casos.

Por não jurisdição entende-se que o Conselho exerce a função de cumprir e fiscalizar o cumprimento da lei e dos direitos da criança e do adolescente, executar apenas atividades necessárias, deixando os julgamentos e sanções disciplinares (punições)

para o judiciário. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA são atribuições do Conselho Tutelar:

Atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos art. 98 e art.105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII; Atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII; Promover a execução de suas decisões, podendo: Serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; Representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações; Encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; Encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; Providenciar uma medida adequada pela autoridade judiciária, dentre as que não tenham sido aplicadas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor do ato infracional; Expedir notificações; Requerer certidões de nascimento e óbito de criança ou adolescente quando necessário; Avaliar o Poder Executivo local na elaboração de propostas orçamentárias para planos e programas de atendimento aos direitos da criança e do adolescente; Representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, §3º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1990).

A Lei nº13.824, de 9 de maio de 2019, alterou o art. 132 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), dispondo o seguinte:

Art. 132. Em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal haverá, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida recondução por novos processos de escolha (BRASIL, 2019).

De acordo com a Seção III - Dos Serviços Auxiliares, da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Parágrafo único. Na ausência ou insuficiência de servidores públicos integrantes do Poder Judiciário responsáveis pela realização dos estudos psicossociais ou de quaisquer outras espécies de avaliações técnicas exigidas por esta Lei ou por determinação judicial, a autoridade judiciária poderá proceder à nomeação de perito, nos termos do art. 156 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) - Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017.

De acordo com Coscioni et al. (2019), o Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA; BRASIL, 1990), regulamentou a inserção de equipes interprofissionais (as quais incluem psicólogos) nos Juizados da Infância e da Juventude; a Portaria n. 154, de 14 de Janeiro de 2008, do Ministério da Saúde (2008), regulamentou a inserção de psicólogos nos Núcleos de Atenção à Saúde da Família; e a Lei Federal n. 12.435, de 6 de Julho

de 2011 (Presidência da República, 2011), regulamentou a inserção de equipes de referências (as quais incluem psicólogos) no Sistema Único da Assistência Social - SUAS.

Nessa perspectiva é função dos Conselhos Tutelares, o acionamento de outros órgãos administrativos quando há a necessidade de atendimento da população em serviços nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança (BRASIL, 1990, Art.136).

Portanto é de sua competência o encaminhamento de crianças e adolescentes para o Acolhimento Institucional, quando são destinatárias as medidas de proteção imediata e urgente tratando-se de medida específica de proteção prevista no inc. VII do art. 101, portanto, estando autorizada a sua aplicação pelo Conselho Tutelar.

Importante pontuar que o acolhimento institucional passou a fazer parte do sistema de proteção social, mais especificamente da Proteção Social Especial de Alta Complexidade integrante do Sistema Único de Assistência Social - SUAS, que presta assistência a famílias onde os vínculos foram prejudicados e os direitos violados, fornecendo acolhimento aos membros afetados e sendo responsável pelo resgate do convívio familiar (SCOTT; et al, 2017).

Destaca-se que diante de situações emergenciais deverá haver o contato prévio com a rede de proteção para acompanhar o cumprimento da medida, verificando, sempre que possível, se a equipe técnica do Município está de acordo com a sua aplicabilidade.

E dessa forma à proteção do Estado deverá ser invocada, pois, de acordo com as “Orientações Técnicas: serviço de acolhimento” fica sob proteção do Estado crianças ou adolescentes afastados do convívio da família por motivos de abandono, vítimas de violência, ou cuja família não possa exercer a função de proteção.

O acolhimento para crianças e adolescentes, por meio de medida protetiva, oferecidos em diferentes equipamentos como Abrigo Institucional para pequenos grupos e Casa Lar, de forma temporária até a reintegração da criança à sua própria família ou seu encaminhamento para família substituta (ORIENTAÇÕES TÉCNICAS: SERVIÇO DE ACOLHIMENTO, 2015, p.105).

O objetivo do Estado é devolver esta criança ou adolescente em segurança para a família de origem ou extensiva, que constitui-se no parente mais próximo, ou para famílias acolhedoras. O documento diz que a faixa etária a ser atendida é de 0 a 18 anos incompletos.

Devem conter máximo de 20 acolhidos por residência, o aspecto físico deve ser semelhante a de uma casa, seguindo os modelos das casas que estão próximas, estas devem estar localizadas nas comunidades de origem dos usuários do serviço, tentan-

do manter-se o mais próximo possível da realidade dos acolhidos. É proibido qualquer indicativo que possa estereotipar os acolhidos, tais como placas na frente que remetam à instituição, nomes de aspectos negativos e que os despoticizem.

Quanto à prestação do cuidado, destacam-se a vinculação com o educador ou cuidador, é necessário que haja uma rotina da equipe e dos acolhidos, de preferência que a equipe técnica possa ser fixa, pois a rotatividade pode prejudicar a manutenção do vínculo entre técnicos e acolhidos.

A equipe deverá ser composta por no mínimo, coordenador (Ensino Superior); equipe técnica (Ensino Superior); educador/cuidador (Ensino Médio); auxiliar de educador/cuidador (Ensino Fundamental). Quanto à obrigatoriedade do Psicólogo e Assistente Social na equipe técnica:

A Resolução nº 17, de 20 de junho de 2011 do Conselho Nacional de Assistência Social, ratificou a NOB-RH/SUAS (2006) e afirmou, em definitivo, a obrigatoriedade do psicólogo e do assistente social como profissionais da equipe de referência dos serviços socioassistenciais do SUAS, nos quais se incluem os Serviços de Acolhimento Institucional para crianças e adolescentes (SAICA). Os Serviços de Acolhimento são responsáveis por cuidar das crianças e adolescentes cujas famílias ou responsáveis estão temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção (AIJA et al, 2015, p.508).

O real ainda é diferente do ideal, um psicólogo para atuar em uma casa de acolhimento institucional, para trabalhar as demandas psíquicas e burocráticas que exigem é muito pouco. Dentre as atribuições do psicólogo está o atendimento não apenas à criança e adolescentes, mas também às famílias envolvidas e à equipe técnica.

De acordo com Aija, et al (2015, p.511), cabe ao psicólogo o levantamento de demandas, atendimento individual, elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA), articulação interinstitucional, atendimento em grupo, preparação para adoção, orientação e atendimento aos educadores, planejamento institucional, relatórios (cada área se responsabilizará na construção deste), encaminhamento, participação em audiências, visita escolar, aplicação de testes psicológicos, seleção profissional etc.

Entrevistamos a psicóloga de um Acolhimento Institucional para adolescentes, onde ela teceu seu olhar cuidadoso e crítico diante dos desafios que é trabalhar neste campo de atuação. A entrevistada fala da importância da instituição no processo de reinserção da criança e adolescente na sociedade e principalmente na família de origem, extensiva (parentes próximos) ou na família acolhedora².

2 “Consiste na inclusão de criança/adolescentes, por meio de medida protetiva, em residências de famílias acolhedoras cadastradas, selecionadas, capacitadas e acompanhadas pela equipe profissional do Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, de forma temporária até a reintegração da criança à família ou seu encaminhamento para família substituta” (ORIENTAÇÕES TÉCNICAS: SERVIÇO DE ACOLHIMENTO, 2015, p.105)

O Acolhimento Institucional é provisório, de acordo com a psicóloga entrevistada, não é para a criança ou adolescente completar 18 anos dentro da instituição, o trabalho consiste em colocá-los o mais rápido possível em convivência familiar, seja a de origem ou substituta.

Dentre os desafios colocados pela entrevistada, um deles foi o fato do Poder Judiciário obrigar a instituição a acolher adolescentes de outros municípios do Estado. Ela entende, que o adolescente não pode ser retirado da sua cidade, do seu ambiente. Para que ele tenha um atendimento de mais qualidade é preferível que fique no local de origem.

Pois, a lei prevê que o adolescente não seja retirado da sua comunidade. Mas, na maioria das vezes não há Acolhimento Institucional no município, então a lei obriga os acolhimentos da capital receberem os adolescentes oriundos de outros municípios. Como ponto negativo, a psicóloga afirma que o acesso à família dele e o acompanhamento fica ainda mais difícil.

Uma possível solução ao seu ver seria cadastrar famílias acolhedoras ou o próprio Conselho Tutelar procurar os parentes mais próximos para acolher este adolescente. Ela entende que retirá-lo do seu local de origem seja mais uma forma de violência. Deste modo, ele não fica longe apenas da família, mas dos amigos, da escola, da comunidade etc.

Outro desafio colocado pela psicóloga é o fato do adolescente chegar à instituição sem documentos, sem comprovante de residência, nada que o identifique. Para colocá-lo na escola é necessário documentos pessoais. Se o adolescente não é do local que o acolhe, se torna mais difícil juntar toda essa documentação. Deste modo, pedem assessoria de um advogado, a mesma ressalta que esta é uma dificuldade, pois a instituição na qual trabalha não tem, então se recorre ao advogado da Secretaria de Assistência Social (SEMCAS) para ajudar com as questões jurídicas.

O acolhimento Institucional a qual se refere geralmente comporta entre oito a dez adolescentes. Isto foi colocado enquanto desafio, pois geralmente estes são do sexo masculino e feminino, o que considera desafiador. Além disso, são de cidades diferentes. Para ela, o desafio não é apenas de gênero e/ou cultural, mas o fato desses adolescentes muitas vezes estarem influenciados por facções criminosas e obrigar os que não são a se decidir por uma.

É muito complicado fazer o nosso trabalho principal, enquanto psicóloga que é o fortalecimento de vínculos à família, o retorno dessa criança e adolescente à família, se ela não tem família para trabalhar com esse adolescente. E aí como eu enquanto psicóloga social e comunitária vou trabalhar com esse adolescente? Qual o meu trabalho? Vai ser psicoterapêutico? Que não é o trabalho do Psicólogo na Assistên-

cia Social, não é psicoterapêutico, é uma questão de fortalecimento de vínculos, de trazer essa família a compreensão da responsabilidade pela criança, de lidar com o adolescente, é esse nosso trabalho, da importância da família no desenvolvimento psicossocial desse adolescente (PSICÓLOGA - ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL, 2020).

A psicóloga coloca essa questão do adolescente ser de outro município como um fator desafiador, pois eles não se deslocam até o município de origem do adolescente para trabalhar o fortalecimento familiar, o máximo que fazem é se corresponder por ofício com os órgãos competentes do outro município. Então a decisão é do juiz sobre o futuro desde adolescente.

Outro desafio é referente à segurança, alguns adolescentes chegam no acolhimento ameaçados de morte e as vezes eles têm conflitos dentro da própria casa. Ela coloca que a casa não tem segurança, pois a casa não tem o aspecto prisional, então a única segurança que existe é a do prédio, não sendo uma guarda policial. Isto para ela é bastante desafiador, pois muitos fogem ou brigam dentro da casa, não havendo quem os separe, apenas os cuidadores e técnicos que não tem preparo nenhum de segurança.

Para retirar da instituição, adolescentes ameaçados de morte é mais burocrático, segundo ela, pois é necessário solicitar via ofício, e as vezes o adolescente adocece e precisa ser levado urgente para o pronto socorro, não dá para negligenciar o socorro, ao mesmo tempo a equipe não pode apenas levar ao hospital sem autorização. Isto foi colocado pela psicóloga, como algo muito difícil no exercício da profissão. Pois o adolescente nesta situação só poderá sair escoltado pela polícia.

A cada três meses a equipe participa de audiências para tomar decisões sobre os adolescentes, o que a instituição fez por ele, se tem família, se ele permanece no acolhimento ou se pode retornar ao convívio familiar. É neste momento que solicitam autorização judicial para que o adolescente visite sua casa, para que possa passar um fim de semana com a família. Mas a psicóloga ressalta que essa volta para casa na maioria das vezes não é possível.

Quando o adolescente aparece no acolhimento institucional, ele chega com doze anos de violação de direitos. São doze anos de negligência, de pai e mãe, doze anos de negligência de avô, doze anos de abuso sexual, de assédio sexual, assédio de meninos e meninas. Aí quando você chega num lugar que tem regras, você não se encontra, porque a maioria dos adolescentes iam e vinham a hora que queriam na casa deles. Eles chagavam de madrugada, de manhã, de tarde, acordava a hora que queria e em um acolhimento institucional não é assim (PSICÓLOGA - ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL, 2020).

Na maioria das vezes os acolhidos não querem respeitar as regras da instituição. Muitos fogem, pulam o muro, brigam dentro da casa etc. Em alguns casos mais graves, como vandalismo, é necessário registrar boletim de ocorrência. É importante ressaltar

que Acolhimento Institucional não é medida socioeducativa. A criança e/ou adolescente não estão privados de liberdade. “Uma coisa é a lei, outra coisa é o dia a dia”, numa instituição onde tem meninos e meninas juntos é muito complicado” (IBDEM).

No que diz respeito às intervenções a psicóloga relatou que está no cuidado da saúde biopsicossocial do adolescente, da equipe técnica e acompanhamento da família para uma possível reinserção.

Na rotina do abrigo, nós planejávamos as atividades para os adolescentes, a maioria não estudava porque não tinham documento, geralmente os orientadores sociais faziam as atividades com eles. O planejamento era feito pela pedagoga, psicóloga e assistente social. Abordavam temas como cidadania, educação, desenvolvimento psicossocial, etc (PSICÓLOGA - ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL, 2020).

Quando o adolescente chega, é feito uma entrevista, explica-se as normas do abrigo. A equipe precisa fazer o Plano Individual de Atendimento, mas a psicóloga relatou que na chegada é bem difícil, pois o PIA é interdisciplinar e a demanda é grande, então muitas vezes não dá para prepara de imediato.

Dentre as atividades a psicóloga relata o acompanhamento de adolescente nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), no psicólogo para psicoterapia, juntamente com cuidado. A mesma ressalta que o acolhimento não tem característica de saúde, então eles eram encaminhados para os serviços fora da instituição.

Quanto à saúde mental da equipe técnica, a psicóloga relatou que por diversas vezes adoeceu, chorou e precisou voltar a fazer terapia, pois é muito difícil. Muitas vezes não há o que fazer diante das dificuldades. Apesar de visarem uma melhor qualidade de vida para os acolhidos, na maioria das vezes não depende apenas da equipe, pois é uma teia de relações que se complementam.

O psicólogo tem que cuidar de todo mundo, do coordenador, do Assistente Social, do Cuidador, porque às vezes os adolescentes são muito grossos, muito mal educados, com os cuidadores, aí acaba que o cuidador ia lá pra sala. E ainda tem essa dificuldade, nos acolhimentos, tem uma legislação NOB que fala como deve ser a estrutura física dos acolhimentos. O que ele garante é que seja uma casa para os adolescentes, não diz que tenha que ter um escritório, que tenha que ter uma sala de atendimento psicológico, uma sala de atendimento individual, não diz. Então a maioria dos acolhimentos não tem essa sala, é uma casa. Eu era a favor que houvesse um escritório em um outro lugar que não fosse o acolhimento (IBDEM).

Sobre a convivência diária com o adolescente, a psicóloga colocou que atrapalha no atendimento individual. Assim, na maioria das vezes, os adolescentes ficam na janela escutando o atendimento, então ela pontuou isto como negativo. O fato de não terem na casa um lugar específico e reservado para os atendimentos. Os cuidadores também procuram atendimento, muitos se sentem abalados diante das demandas.

Nos aspectos que precisam ser melhorados, foi destacado que haja sensibilização do Poder Judiciário. Muita coisa depende do requerimento deste órgão, para a psicóloga, os juízes precisam entender que cada município deve se responsabilizar por suas crianças e adolescentes. Para ela, não é interessante que o público-alvo fique longe de sua comunidade, a possibilidade de reinserção na família é maior quando se está próximo.

Outro aspecto destacado é o de segurança pública, pois o Acolhimento Institucional não deve ser um depósito de adolescentes ameaçados de morte. Para ela, deve haver um lugar que os proteja somente de tais situações, levá-los a um lugar específico, onde esse direito seja resguardado. Pois o acolhimento não tem estrutura de segurança para casos como esses.

Quanto ao poder executivo, deve dialogar e permitir que tenha um espaço para um atendimento mais sigiloso, uma sala específica para os atendimentos individuais. Que possam promover esse direito sem que precisem pedir ou exigir.

O último aspecto considerado de muita importância foi a “intersectorialidade”, que haja conversa com todas as demais instituições, para que o adolescente tenha prioridade nos atendimentos em qualquer lugar. “A lei já existe, mas o estreitamento dos laços ajudaria bastante”. A inclusão na escola é um exemplo, pois há muitos acolhidos com quatorze anos que não são alfabetizados e o EJA não os aceita. A psicóloga ressalta que não dá para ficar de braços cruzados e os deixar sem estudar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo foi possível perceber que o acolhimento institucional, configura-se um campo de atuação para o exercício da Psicologia que visa à garantia de Direitos no atendimento deste público específico em razão dos fenômenos associados à violência e afins que culminaram com o acolhimento institucional.

Inúmeros desafios nesse campo foram elencados pela Psicóloga que concedeu a entrevista, dentre eles, destacam-se: a relação de subordinação com o Poder Judiciário, no que tange a obrigatoriedade dos acolhimentos de adolescentes de outros municípios, dificultando o acesso e o acompanhamento familiar.

Ausência de Assessoria Jurídica na Secretaria de Assistência Social para tratar de questões burocráticas referentes aos casos em que os acolhidos não dispõem de nenhum tipo de documentação legal, como: Identidade, CPF, comprovante de endereço e afins.

Ausência de segurança no geral, tanto para os adolescentes ameaçados de mortes, quanto para a localidade em si, visto que o local de acolhimento não pode apresentar características de cunho prisional e, também questões burocráticas envolvendo a escolta policial para resguardar a integridade física daqueles ameaçados de morte que necessitam de assistência médica.

No que diz respeito às intervenções práticas da psicologia, o cuidado biopsicossocial está centrado no adolescente, na família e também na equipe técnica, além do acompanhamento para psicoterapia. Outro aspecto pontuado é na construção do Plano Individual de Atendimento – PIA, que deve ser interdisciplinar.

Destacam-se as questões relacionadas à qualidade de vida e à saúde mental da equipe técnica, incluindo a própria profissional que retomou para a terapia para ajudá-la com as adversidades diárias, que envolvem a complexidade dos casos, o direito ao sigilo na escuta dos atendimentos e ausência de local apropriado.

Por fim pontua-se que é de suma importância que a Psicologia esteja atuando dentro desse contexto objetivando a ressignificação das vivências em torno do sofrimento. E reforça-se que a práxis deve ser ampliada dentro da perspectiva da atenção psicossocial e também que haja a intersectorialidade de serviços, programas, projetos e políticas, a fim de se garantir a proteção social e a manutenção das Políticas de Atenção Social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, E.; SOIDA, I. A qualidade do ranking das escolas de ensino médio baseado no ENEM é questionável. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 253-286, jun. 2015.

AIJA, Silva Moreira Tabita; LEMOS, de Paiva, Ilana. Atuação do Psicólogo nos Serviços de Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes. **Revista Psicologia em estudo**, vol. 20, núm. 3, jul. set, 2015, pp. 507-517, Universidade Estadual de Maringá. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/PsicolEstud/article/view/27288/>> Acesso em: 26 nov 2020.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Nacional de Assistência Social. **Orientações técnicas para os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes**. 2008. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento.pdf> Acesso em: 06 dez 2020.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. **CONSELHO TUTELAR: guia para ação passo a passo**. MPPR. Paraná. 2017. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/abring/conselho_tutelar_guia_passo_a_passo_2017_3ed.pdf. > Acesso em 25 nov 2020.

BRASIL. Presidência da República. (1990). **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Altera o art. 132 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente),

para dispor sobre a recondução dos conselheiros tutelares. Brasília, DF: Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 05 dez 2020.

_____. (2019). **Lei 13.824 de 09 de maio de 2019**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União de 10 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 05 dez 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990**. Dispõe do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 16 julho 1990. Lei retificada em 27 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 05 dez 2020.

COSCIANI, Vinicius et al. A atuação de psicólogos em conselhos tutelares. **Estudos Interdisciplinares em Psicologia**, v. 10, n. 2, p. 138-158, 2019. Disponível em: <<http://psicic.bvsalud.org/pdf/eip/v10n2/a09.pdf>>. Acesso em 25 nov 2020.

GUARESCHI, Pedrinho. Relações comunitárias, relações de dominação. In CAMPOS, Regina Helena de Freitas (Org.). **Psicologia Social Comunitária: da solidariedade à autonomia**. Petrópolis, R.J.: Vozes, 1996.

ENTREVISTA. PSICÓLOGA. **Secretaria Municipal da Criança e Assistência Social - SEMCAS**. [2020] São Luís - Entrevista concedida a Dayane de Sousa Lima. (Identidade preservada).

SCOTT, Juliano Beck. et al. **Acolhimento institucional: descrevendo a prática do psicólogo e a sua atuação**. Barbarói, Santa Cruz do Sul, n.50, p., jul./dez. 2017. Disponível em: <<file:///C:/Users/CCT%20-%20188439/Downloads/11226-50069-1-PB.pdf>>. Acesso em 05 dez 2020.

SEQUEIRA, Vânia Conselheiro; MONTE, Manuela; BRACONNOT, Fernando Marques Oliveira. Conselhos tutelares e psicologia: políticas públicas e promoção de saúde. **Psicologia em Estudo**, v. 15, n. 4, p. 861-866, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/pe/v15n4/v15n4a21.pdf>>. Acesso em 25 nov 2020.

ÍNDICE REMISSIVO

- A**
- Alimentos 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79
- Armas 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242
- Atuação 58, 93, 96, 98, 103, 104, 105, 110, 111, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 134, 137, 138, 143, 146, 168, 183, 184, 189, 195, 214, 215, 217, 218, 222, 223, 225, 254, 261, 264, 280, 281, 285, 289, 291
- B**
- Brasil 34, 37, 38, 39, 43, 44, 47, 61, 62, 77, 83, 84, 85, 86, 87, 91, 96, 98, 99, 100, 103, 107, 109, 116, 123, 124, 131, 133, 134, 136, 140, 142, 145, 147, 148, 161, 164, 195, 197, 204, 209, 221, 222, 228, 229, 230, 231, 232, 238, 239, 241, 242, 261, 268, 275, 276, 282
- Brasileiro 9, 23, 24, 34, 37, 39, 42, 47, 61, 64, 75, 78, 95, 107, 108, 120, 122, 123, 127, 128, 130, 133, 138, 146, 187, 198, 199, 204, 206, 207, 208, 209, 219, 230, 234, 240
- C**
- Capacidade 16, 64, 69, 73, 98, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 161, 172, 176, 185, 187, 188, 189, 190, 203, 210, 232, 233, 235, 240, 246, 252, 260, 261, 262, 263, 265, 267, 268, 272, 274
- Conselho 2, 85, 95, 96, 98, 99, 100, 120, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 133, 134, 144, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 290
- Constituição 16, 17, 21, 22, 24, 25, 37, 43, 48, 53, 55, 62, 73, 74, 77, 83, 84, 88, 96, 97, 99, 102, 103, 116, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 130, 134, 138, 139, 140, 142, 143, 147, 148, 207, 214, 215, 216, 217, 223, 224, 225, 235, 237, 240, 275, 277, 283
- Contexto 16, 17, 30, 32, 33, 37, 39, 43, 47, 75, 93, 102, 103, 104, 113, 121, 122, 137, 155, 158, 159, 160, 170, 171, 173, 174, 200, 201, 218, 224, 251, 252, 254, 263, 266, 280, 290
- D**
- Decisão 16, 20, 66, 67, 70, 71, 75, 76, 93, 123, 143, 151, 160, 173, 175, 177, 178, 192, 193, 194, 220, 222, 223, 224, 233, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 256, 265, 266, 287
- Deficiência 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 188, 189, 237, 281
- Democracia 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 146, 147, 204, 208, 210, 215, 220
- Direito 24, 29, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 48, 51, 52, 56, 57, 61, 66, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 84, 91, 93, 95, 100, 102, 112, 113, 116, 121, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 148, 159, 160, 162, 172, 190, 193, 195, 199, 202, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 230, 235, 236, 244, 248, 253, 254, 264, 266, 267, 268, 272, 273, 274, 275, 281, 289, 290
- E**
- Educação 28, 29, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 48, 70, 77, 86, 87, 147, 218, 220, 283, 284, 288
- I**
- Informações 57, 62, 90, 96, 122, 127, 128, 133, 137, 139, 141, 145, 147, 151, 153, 154, 155, 156, 159, 160, 169, 170, 173, 175, 176, 177, 178, 185, 187, 194, 247, 268, 272, 273, 281
- J**
- Judiciário 91, 95, 96, 97, 99, 111, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 138, 142, 143, 146, 147, 214, 216, 217, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 263, 264, 283, 286, 289
- Julgamento 95, 96, 129, 140, 143, 148, 170, 175, 186, 218, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 264
- Jurídica 14, 52, 54, 55, 56, 58, 59, 69, 83, 84, 93, 95, 96, 97, 106, 107, 111, 115, 132, 138, 159, 161, 162, 164, 166, 175, 178, 179, 185, 186, 189, 193, 194, 195, 202, 203, 204, 205, 208, 209, 210, 219, 221, 222, 223, 229, 264, 265, 273, 274
- Justiça 22, 70, 71, 72, 74, 76, 77, 78, 79, 91, 95, 96, 98, 99, 100, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 161, 183, 192, 193, 218, 219, 223, 231, 262, 265, 283
- L**
- Lei 35, 37, 38, 39, 40, 43, 48, 53, 55, 58, 60, 66, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 99, 102, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 116, 126, 134, 140, 143, 144, 187, 192, 205, 207, 208, 209, 217, 224, 225, 228, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 274, 275, 276, 277, 280, 281, 283, 290, 291
- M**
- Moral 74, 114, 139, 141, 150, 151, 157, 182, 188, 191, 199, 215, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 281

P

Poder 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 51,
61, 71, 72, 75, 91, 96, 108, 121, 125, 126, 130,
137, 139, 142, 144, 151, 153, 178, 190, 200,
202, 204, 206, 207, 209, 214, 216, 217, 218,
219, 222, 223, 232, 239, 252, 253, 261, 274,
280, 282, 289

Políticas 14, 16, 17, 18, 19, 21, 28, 29, 30, 31, 37, 38,
39, 41, 42, 43, 104, 120, 121, 127, 128, 203,
206, 214, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224,
225, 290, 291

Psicologia 150, 157, 161, 162, 163, 164, 166, 179,
180, 182, 183, 184, 189, 195, 246, 257, 279,
281, 289, 290, 291

Públicas 18, 21, 29, 30, 37, 38, 39, 41, 43, 51, 104,
121, 128, 129, 214, 217, 219, 220, 221, 222,
223, 224, 225, 234, 266, 268, 291

S

Sistema 13, 16, 21, 22, 47, 48, 49, 50, 61, 65, 94,
107, 108, 120, 127, 130, 131, 132, 133, 137,
138, 143, 146, 170, 172, 174, 177, 188, 200,
201, 203, 204, 208, 210, 216, 231, 234, 236,
237, 248, 254, 268, 275, 284

Social 9, 12, 16, 19, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36,
37, 41, 42, 43, 64, 73, 74, 75, 77, 90, 93, 94, 97,
103, 115, 120, 129, 130, 140, 150, 153, 156,
161, 166, 167, 169, 173, 185, 186, 188, 192,
193, 195, 199, 200, 203, 209, 215, 217, 218,
219, 220, 221, 224, 231, 232, 244, 246, 247,
248, 249, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 260,
265, 268, 273, 281, 282, 283, 284, 285, 286,
288, 290

Sociedade 12, 13, 14, 16, 20, 21, 23, 30, 32, 33, 34,
35, 37, 38, 43, 73, 75, 91, 93, 98, 106, 107, 108,
122, 124, 125, 128, 129, 133, 137, 138, 139,
144, 147, 151, 156, 163, 167, 169, 178, 179,
182, 183, 186, 198, 199, 200, 201, 202, 203,
204, 208, 210, 222, 240, 267, 272, 276, 280,
281, 282, 285



VOLUME 1



**PESQUISAS EM TEMAS DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

VOLUME 1



**PESQUISAS EM TEMAS DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS**

