

Euzébio Pereira de Andrade Neto
Horácio Lopes Mousinho Neiva
Rose Maysa Viana da Cunha

Direito, Negócios e Tecnologia

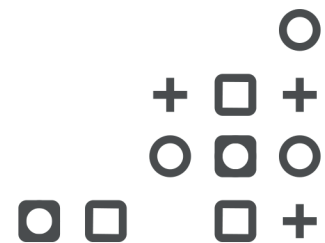
Anais do II Congresso do ICEV


Instituto de Ensino Superior



vortex
EDITORA

icev
Instituto de Ensino Superior





Organizadores	Euzébio Pereira de Andrade Neto, Horácio Lopes Mousinho Neiva, Rose Maysa Viana da Cunha
Autores:	Anne Costa Cavalcante, Maderson Amorim Dantas da Silva, Francisco Eliseu de Sousa Pereira Júnior, Ian Moreira Magalhães Sousa, Giseli Ribeiro Leite, Clarisse Barbosa Sepulvida Sousa, Maria Clara Santos Meneses, Marcelo Antonio de Castro Rodrigues Rêgo, Ana Clara Soares do Monte e Silva, Tássia Jaslana Tenório Pinheiro, Rafaela Paes de Oliveira Barreto, Macell Cunha Leitão, Idelcelina Barros Ximenes, Fernando Eulálio Nunes e Carlos Eduardo da Silva Belfort de Carvalho
Coordenação Editorial	Kaio Matheus da Silva Gama.
Diagramação	Felipe Alves de Lima
Capa	Gustavo Mascarenhas Alves do Bonfim.

FICHA CATALOGRÁFICA

C749 Congresso de direito, negócios e tecnologia do Icev - Instituto de Ensino Superior (03.: 2023:Teresina).

Anais do II Congresso de direito, negócios e tecnologia do Icev - Instituto de Ensino Superior. / vários autores; Organizado por: Euzébio Pereira de Andrade Neto, Horácio Lopes Mousinho Neiva, Rose Maysa Viana da Cunha. [Realização icev] - Teresina: Vortex, 2023.

ISBN 978-65-5911-648-5

1.Direito. 2. Negócios. 3. Tecnologias I. Título.

CDD: 340

ÍNDICE

vortex
EDITORA

icev
Instituto de Ensino Superior

Artigos

- A VIDA IMITANDO A ARTE: ANÁLISE DO CENÁRIO INFRACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ANTE A OBRA CAPITÃES DA AREIA. 5
- A IMPORTÂNCIA DA REPARTIÇÃO TRIBUTÁRIA NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: ESTUDO DE CASO NO MUNICÍPIO DE TERESINA/PI EM 2019 20
- A TOMADA DE DECISÃO PARA NEGOCIAÇÃO DOS PAPÉIS DO ITAÚ UNIBANCO (ITUB4) SOB A PERSPECTIVA DAS MÉDIAS MÓVEIS DE 2011 A 2020. 39
- NOVA GESTÃO PÚBLICA E CONTROLE INTERNO: UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES E RESULTADOS DA CONTRALODORIA GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ (2015- 2020) 56
- ALGORITMOS DISCRIMINATÓRIOS: UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E OS DIREITOS GARANTIDOS PELA LGPD 75
- O ACESSO À JUSTIÇA E OS EXCLUÍDOS DIGITAIS: UMA ANÁLISE DA RECOMENDAÇÃO Nº101/2021 NO CONTEXTO PÓS-PANDÊMICO 92
- CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: UMA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA ADO 26 107
- OS CASOS DE BLOQUEIO DAS PLATAFORMAS VIRTUAIS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA 125
- PROCESSO DE EXECUÇÃO: A VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DOS VALORES BLOQUEADOS EM CONTA POUPANÇA E SEU IMPACTO NA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO. 138
- DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ SOBRE REINTEGRAÇÃO DE POSSE 156



A VIDA IMITANDO A ARTE: ANÁLISE DO CENÁRIO INFRACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ANTE A OBRA CAPITÃES DA AREIA.

Anne Costa Cavalcante¹

Maderson Amorim Dantas da Silva²

Resumo

O livro "Capitães da areia" publicado em 1937 traz a trama dos meninos que foram abandonados na cidade de Salvador. A obra nunca perdeu sua atualidade devido as referências e os respaldos na discussão do âmbito jurídico. O objetivo primordial do presente artigo é realizar a conexão entre Direito e Literatura através da análise do romance Capitães da areia de Jorge Amado com finalidade de a questão da criança e do adolescente abandonados e como acabam por cometerem atos infracionais para sobreviver. Dessa maneira, o objetivo geral deste trabalho foi como a falha das instituições basilares influenciam para a formação de jovens infratores. Para a realização deste trabalho, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica e análise de informações foi realizada por meio de leitura exploratória do material encontrado, cujos resultados foram expostos de forma qualitativa. A construção do Direito se dá a partir das interações entre os sujeitos sociais, enquanto a Literatura busca refletir acerca destas interações que as pessoas estabelecem umas com as outras em sociedade. Embora, o ECA conceitue o que vem a ser criança e adolescente, muitas práticas cruéis permanecem sendo realizadas, como foi, no entanto, a legislação por si só não pode concretizar direitos. Diante desta assertiva, conclui-se que a intervenção do Estado em face aos primeiros contatos com a criminalidade na adolescência, poderia de fato, agir na raiz deste problema, recuperando o adolescente infrator, quando ainda é possível recuperá-lo, com a tentativa de suprir a falha familiar e social que os levam a entrar na marginalidade.

Palavras-chave: Capitães da areia. Direito e Literatura. Crianças e Adolescentes. Menor abandonado.

Abstract

The book "Capitães da Areia" published in 1937 brings the plot of the boys who were abandoned in the city of Salvador. The work never lost its relevance due to the references and support in the discussion of the legal scope. The main objective of this article is to make the connection between Law and Literature through the analysis of the novel Capitães da Areia by Jorge Amado with the purpose of the question of abandoned children and adolescents and how they end up committing infractions to survive. In this way, the general objective of this work was how the failure of basic institutions influence the formation of young offenders. To carry out this work, a bibliographic research was carried out and information analysis was carried out through exploratory reading of the material found, whose results were exposed in a qualitative way. The construction of Law takes place from the interactions between social subjects, while Literature seeks to reflect on these interactions that people establish with each other in society. Although the ECA conceptualizes what it means to be a child and adolescent, many cruel practices continue to be carried out, as it was, however, legislation alone cannot materialize rights. In view of this assertion, it is concluded that the intervention of the State in the face of the first contacts with criminality in adolescence could, in fact, act at the root of this problem, recovering the offending adolescent, when it is still possible to recover him, with an attempt to to supply the family and social failure that lead them to become marginalized.

Keywords: Captains of Sand. Law and Literature. Children and Adolescents. Waif.

¹ Graduanda em Direito pelo ICEV – Instituto de Ensino Superior. E-mail: anne.cavalcante@somosicev.com

² Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI e Mestre em Direito pelo IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. E-mail: maderson.silva@grupocev.com

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos a Literatura tornou-se uma ferramenta que vem auxiliando a compreensão o Direito. O presente trabalho procura entender como a intersecção entre estas duas áreas do conhecimento são fundamentais para entender e ilustrar questões jurídicas tanto para leigos como para juristas ao retratar situações vividas pelos personagens nos contos. Com isso, o livro a ser analisado é "Capitães da areia" escrito por Jorge Amado publicado em 1937 e toda a reflexão por trás da trama dos meninos abandonados na cidade de Salvador.

A obra é uma crescente dinâmica posta a nunca perder a sua atualidade dada as referências e elementos que dão possíveis respaldos a discussões no âmbito jurídico, o universo das crianças e adolescentes que vivem abandonados nas ruas de Salvador e, que acabam por cometer atos infracionais. O problema destes jovens em situação de rua tem sido objeto de estudo em inúmeras pesquisas no Brasil e no mundo.

Na atualidade, está cada vez mais recorrente o aprimoramento do Direitos das Crianças e Adolescente. O primeiro passo foi dado quando a Assembleia Geral da Nações Unidas em 1959, aprovou uma declaração de dez direitos básicos de toda criança, porém, muitos destes ainda não são cumpridos como o "direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade" e "o direito à proteção especial para seu desenvolvimento físico, mental e social" (DIMENSTEIN, 1995), resultando em milhares de crianças abandonadas que são recriadas globalmente pela ficção.

Vale destacar que a infância é uma fase muito importante no desenvolvimento do ser humano, principalmente em relação à família, quando se constroem vínculos afetivos e direcionamento moral, que influenciam na formação do caráter, preparando-as para a adolescência, que é o período de profundas modificações físicas, psicológicas e sociais. Essa etapa, entretanto, exige acompanhamento familiar, educacional, social e até religioso em certos casos. Entretanto, infelizmente, a problemática da infância e da adolescência continua presente a cada dia e se tornou um problema constante no mundo contemporâneo e um assunto bastante tratado por escritores, sociólogos e psicólogos etc.

Posto isso, Capitães da areia é um romance brasileiro que trata das desigualdades sociais, contando a história de um grupo de menores abandonados e marginalizados que aterrorizam Salvador. São meninos entre oito e dezesseis anos que vivem num trapiche abandonado e que foram discriminados, excluídos pela sociedade e pelo governo, mas tinham muitos sonhos e desejos, que alguns conseguiram realizar. Jorge Amado descreve, de forma bastante realista, o cotidiano do grupo, centrando as ações na vida e nas aventuras destes jovens que roubavam, esmolavam e trapaceavam para garantirem a sobrevivência.

Além do mais, o autor aproveita o enredo para mostrar as diferenças de classes, as desigualdades sociais entre ricos e pobres, a má distribuição de renda, a exclusão dos menores de rua por parte da população e do governo e os efeitos da marginalidade nas crianças e adolescentes, discriminados por um sistema social perverso.

Nesse contexto, como plano de fundo, a história mostra as terríveis consequências de um Estado ausente em temas sociais que versem sobre a infância e juventude e que falha com as instituições sociais, principalmente, a família. Assim, é fundamental assimilar o contexto sociocultural em que o indivíduo está inserido para buscar possíveis respostas que tentem justificar a sua introdução às práticas infracionais.

Logo, a proposta principal deste artigo tem como objetivo geral estudar a possibilidade de o Direito ser interpretado como arte através do detalhamento do romance Capitães da areia quanto ao drama do grupo que os levam a cometer infrações como forma de sobrevivência. Bem como buscar entender as ações e atuações das instituições sociais com aqueles considerados infratores.

Além disto, realizar análise do Direito Penal e do Estatuto da Criança e Adolescente sob o prisma da literatura abordada.

Para a realização deste trabalho, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica sobre o estudo da intersecção do Direito e Literatura para compreensão de fato jurídico abordado no romance Capitães da areia utilizando-se de artigos e livros. A análise das informações foi realizada por meio de leitura exploratória do material encontrado, em uma abordagem qualitativa.

2. DIREITO E LITERATURA

O movimento Direito e Literatura se consolidou a partir dos métodos investigativos que deram encorajamento aos estudos da Literatura no Direito. A relação ocorre de maneira interdisciplinar ao ponto de que uma serve de instrumento para o entendimento da outra. O Direito na Literatura diz respeito a abordagem literária do fenômeno jurídico, ou seja, como pensa a Literatura a propósito do Direito. Consiste na análise de obras ficcionais que versem sobre matéria jurídica devido o sistema ser formado por assuntos que interessam tanto aos juristas quanto aos leigos.

A construção do Direito se dá a partir das interações entre os sujeitos sociais, enquanto a Literatura busca refletir acerca destas interações que as pessoas estabelecem umas com as outras em sociedade. Schwartz (2006, p. 4) reforça essa (inter)ação especificando temas de interesse jurídico que permeiam narrativas ao longo da história da literatura, a saber, conflitos que envolvem “violações a direitos com suas consequentes cargas de justiça/injustiça; [...] questionamentos sobre a validade de uma norma jurídica e o porquê de sua (des)obediência”. Temas dessa natureza direcionam a percepção para situações que vão além do conhecimento tecnicista do Direito.

De fato, um dos grandes objetivos dessa interseção entre direito e literatura é encontrar pontos de apoio que forneçam ao Direito compreensões necessárias a serem analisadas. Desse modo, através da leitura de obras com viés jurista é possível compreender melhor o Direito, promover exemplificações e permite que questões difíceis de alcançar sejam realizadas por aqueles fora do âmbito jurídico. São inúmeras obras que abordam aspectos jurisdicionais, principalmente que tratam sobre a luta de tratamento igualitário as minorias por parte do Direito e do Estado, pondo em evidências grupos oprimidos como mulheres, menores abandonados, negros, entre outros.

Na literatura brasileira, vários autores vêm buscando contar histórias que pudessem se relacionar com o Direito. Como exemplo, Aluisio de Azevedo com o livro O Cortiço (1890) que expõe sobre as desigualdades sociais vividas à época; o autor Graciliano Ramos em Vidas Secas (1938) que narra a realidade da miséria, da fome e da seca vivenciada por uma família de nordestinos que almejam uma vida melhor; e Jorge Amado que trouxe em Capitães da areia (1937) o abandono parental e estatal de crianças e adolescentes. Portanto, estas obras ilustram situações que direcionam para debates no âmbito jurídico em torno de compreender como os fundamentos do Estado Democrático de Direito deveriam ser cumpridos.

Jorge Amado se dedicou a escrever sobre o povo oprimido e injustiçados das classes mais pobres e populares, registrando em livros experiências que ele mesmo vivenciou. Em Capitães da areia, o escritor ressalta a oposição entre ricos e pobres, entre a burguesia e as crianças abandonadas, mas também mostra as diferenças no plano da religião e dos direitos humanos, deixando a certeza de que seus personagens são frutos do meio em que vivem, refletindo em seus atos à própria realidade. Assim, torna-se plenamente possível a conexão entre o Direito e Literatura, uma vez que o aspecto jurídico pode ser percebido de forma direta e indireta no livro.

3. “CAPITÃES DA AREIA”: COMPREENDENDO A OBRA

Capitães da areia é um livro escrito em 1937 pelo autor baiano Jorge Amado e se tornou um clássico da literatura brasileira que conta a história de crianças em situação de rua ambientada em Salvador no início do século XX. A produção foi censurada pelo governo de Getúlio Vargas, às vésperas da decretação do Estado Novo e cerca de oitocentos exemplares foram incinerados em praça pública na capital baiana.

Os romances amadianos buscam retratar a vida dos oprimidos, denunciando as mazelas da sociedade brasileira. Em Capitães da areia não foi diferente, a ficção mostra um grupo de jovens chefiado por Pedro Bala que surgem acima de tudo como vítimas de uma sociedade opressora e hipócrita. A violência que praticam é inscrita no texto quase sempre como justa e, mesmo, necessária - uma resposta à violência econômica sofrida pelos de baixo e transformada em agressão sádica quando praticada pelo aparelho repressivo. O romance toma o partido dos, já àquela altura, considerados menores, mas para fazê-los maiores.

Os Capitães vivem à beira mar, na chamada “Cidade Baixa”, em Salvador, Bahia. São fujões que foram abusados, violentados. Outros são só órfãos. São crianças que nunca tiveram o amor de uma mãe ou de um pai. Aprenderam cedo a agirem como homens, brigarem como homens, se virarem como homens pelo motivo de não serem amparados por nenhuma das instituições sociais.

Dentre eles, destacam-se os personagens Pedro Bala, Sem Pernas, Boa Vida, João Grande, Professor, Pirulito, Gato e a única menina integrante, Dora. A sociedade soteropolitana os classifica como perigosos, pois roubam e furtam para sobreviver e, assim, são procurados pela polícia, que tem o propósito de colocá-los em reformatórios, onde acabam sendo vítimas de mais violência pelos guardas policiais do lugar.

O decorrer do livro é um exercício de cidadania, dado que Amado expõe toda a atmosfera vivida no período da implementação do Estado Novo. O texto revela o cotidiano daqueles meninos, entregues à própria sorte, investindo na prática de delitos, construindo uma história triste e ao mesmo tempo co-movente, buscando a todo custo uma forma de viver, apesar das adversidades e dos contratemplos que surgiam como reação às ações - nada elogiáveis - por eles empreendidas.

No início do livro, o autor introduz uma reportagem fictícia tendenciosa sobre os Capitães, seguidas de cartas de espectadores enviadas ao Jornal da Tarde que traz o seguinte título: *“As aventuras sinistras dos Capitães da areia” - A cidade infestada por crianças que vivem do furto - Urge uma providência do Juiz de Menores e do Chefe de Polícia - Ontem houve mais um assalto*”.

Em seguida, é possível ler que o Chefe de Polícia se isentou da responsabilidade passando o problema para o Juiz de Menores, que devolve a responsabilidade ao Chefe de Polícia. Logo após, são apresentadas as cartas enviadas à redação do jornal, inclusive, uma delas expondo a realidade de pessoas pobres que são alvos do controle de autoridades estatais. A carta trata sobre a real situação dos reformatórios, os quais, o Juiz “mandava os pobres” assim, denunciando o tratamento desumano e violento que os meninos sofriam dentro da instituição.

Ao longo dos capítulos, a obra apresenta o universo dos meninos acompanhado de suas tristezas e histórias de vida. Cada um deles possui uma peculiaridade, Pedro Bala, seu líder de apenas quinze anos, foi parar nas ruas por volta de cinco anos de idade, e possuía autoridade necessária para liderar e, acima de tudo, tornou-se um exemplo; o Professor é uma luz na escuridão para os meninos porque realizava leituras trazendo para a realidade deles, a fantasia, que só a literatura poderia proporcioná-los e auxiliava Pedro Bala no planejamento dos assaltos.

Gato é o malandro que usava de sua esperteza para conseguir “se dar bem na vida”; Sem Pernas é um deficiente físico que se fingia de órfão desamparado e se aproveitava de suas vítimas para roubá-las; Pirulito é o mais cruel do grupo que executa, com os demais, os roubos necessários a sobrevivência, mas acaba por ser tocado pelos ensinamentos do Padre José Pedro e se converte à religião.

O Boa Vida se contenta com os pequenos furtos, o suficiente para contribuir para o bem-estar do grupo. João grande é respeitado pelo grupo em virtude de sua coragem e grande estatura, além de ajudar e proteger os novatos contra atos tiranos dos mais velhos. Já a única menina do grupo, Dora, que após perder os pais para a varíola, ingressa nos Capitães.

Amado destaca a questão da marginalidade através dos ambientes em que vivem os meninos fazendo a distinção entre a descrição do trapiche e um casarão abandonado no meio do cais, que após ser descoberto pelos Capitães, passou a ser seu refúgio:

Sob a Lua, num velho trapiche abandonado, as crianças dormem. Antigamente aqui era o mar. Nas grandes e negras pedras dos alcerces do trapiche as ondas ora se rebentavam fragosas, ora vinham se bater mansamente. A água passava por baixo da ponte sob a qual muitas crianças repousam agora, iluminadas por uma réstia amarela de lua [...]. Durante anos foi povoado exclusivamente pelos ratos [...]. Em certa época um cachorro vagabundo o procurou como refúgio contra o vento e contra a chuva [...] até que os Capitães da areia lançaram as suas vistas para o casarão abandonado. (AMADO, 2008. p. 20)

É no trapiche que eles encontram abrigo e se sentiam protegidos dos inimigos, da polícia e do Juiz de Menores. Abrigavam-se após o anoitecer para não serem vistos. O trapiche estava situado na areia, perto do mar, na chamada cidade baixa, longe da população, e isso nos revela uma condição de marginalidade dessas crianças, ou seja, o distanciamento da vida social, a exclusão, a diferença, pois este espaço semidestruído e abandonado é um contraste com as mansões da cidade, como essa que é mencionada no romance do escritor baiano: “Era um prédio moderno e elegante, jardim na frente, garagem ao fundo, espaçosa residência de gente rica” (AMADO, 2008, p. 4).

Com a descrição apresentada, o contraste com a “casa” do bando acentua as diferenças sociais e a marginalização deles. Contudo, para eles, era um lugar de amparo, e as mansões, restaurantes e lojas atiçavam a cobiça dos meninos, pois estes lugares serviam apenas para conseguirem a sobrevivência através de assaltos e furtos.

A pretexto de sobrevivência, os Capitães planejaram uma tentativa de assalto a uma residência de um grande médico da cidade de Salvador e foram pegos de surpresa acabando trancados em um dos cômodos. A polícia rapidamente chegou e os deteve. Logo o Jornal da Tarde tratou de realizar uma manchete em que dizia “Preso o chefe dos Capitães da areia” seguida de uma fotografia onde apareciam Pedro Bala, Dora, João Grande, Sem Pernas e Gato. A notícia explica que após a foto, Pedro Bala se livrou de um guarda com um golpe de capoeira, fazendo com que todos os policiais fossem para cima dele e deixassem os demais garotos fugirem, ficando apenas Pedro e Dora que foram encaminhados, respectivamente, para um reformatório e orfanato.

Na delegacia, Bala foi espancado até desmaiar, mas manteve-se firme em não revelar o esconderijo de seu bando - caso contrário, todos seriam pegos. Em seguida é levado para o reformatório, sendo instalado na “cafua”, um pequeno quarto escuro, debaixo da escada, onde não era possível se mexer, ou ficar de pé, nem deitado corretamente. Lá ele recebia apenas água e feijão, vivendo cercado por ratos. Após oito dias, ele foi solto para trabalhar no canal, mesmo sem força e magro. Na noite seguinte, recebe auxílio dos Capitães para fugir do reformatório.

Desse modo, a narrativa do cotidiano desses meninos é marcada pela visão crítica acerca dos problemas sociais, políticos e econômicos pelos quais a sociedade passava. Buscando denunciar as dificuldades vivenciadas por jovens abandonados que tornavam-se infratores, abalando a estrutura social da cidade, de forma sublime, Jorge Amado atenuou as infrações que eram cometidas pelos meninos que faziam parte dos Capitães da areia e evidenciou as falhas da sociedade, na medida em que criticou a igreja, a polícia, o reformatório.

Em contrapartida, o escritor delineou as dificuldades enfrentadas pelos meninos que desde cedo foram abandonados e deixados para viver à própria sorte, sem aparato daquelas instituições que tinham o dever de promover a proteção e o amparo deles.

Outro fator que também contribuiu para o desamparo a eles, evidenciando ainda mais as diferenças de classe apresentadas ao longo da história, deu-se quando uma epidemia de Varíola, conhecida como bexiga-negra à época, alastrou-se pela cidade de Salvador e apenas os ricos foram vacinados:

[...] E a varíola desceu para a cidade dos pobres e botou gente doente, botou negro cheio de chaga em cima da cama. Então vinham os homens da Saúde Pública, metiam os doentes num saco, levavam para o lazareto distante [...] Omolu tinha mandado a bexiga negra para a cidade alta, para a cidade dos ricos. Omolu não sabia dar vacinas [...] (AMADO, 2008, p. 133).

Isto marca ainda mais um aspecto da exclusão social, do descaso dos governantes em relação à saúde pública, já que os pobres e abandonados como os meninos sobreviverem depois de terem passado por um período epidêmico sem o devido tratamento. Infere-se que os menores são postos como bandidos heróis, uma vez que é demonstrado que sua condição decorre e é movida por razões sociais. Entretanto, mais que bandidos ou heróis, são crianças, vítimas do descaso da família, do Estado e da sociedade, isto é, resultado da falência do sistema de proteção e resguardo a criança e ao adolescente, que reivindica a aplicação efetiva e concreta de um sistema que proteja e não maltrate esta parcela frágil da sociedade.

4. CRIANÇAS, ADOLESCENTES E O DIREITO PENAL

No artigo 2º da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança o indivíduo até doze anos incompletos e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990). Com tal característica, são nessa fase que as crianças desenvolvem suas fantasias, brincadeiras, aprendizados e os adolescentes, suas descobertas e suas potencialidades, desfrutando de seus direitos pela condição de cidadão (MORO, PAGANINI, 2015).

Nesse sentido, a Convenção dos Direitos da Crianças e do Adolescente no seu artigo 1º considera criança todo ser humano menor de 18 anos, exceto se, nos termos da lei que lhe for aplicável, alcançar a maioridade mais cedo (ONU, 2010), ou seja, esse documento não utiliza o termo adolescente, apenas crianças com até 18 anos incompletos. Dessa forma, a partir do momento que se pode considerar criança e adolescente, há a presença abundante de direitos, pois além de possuírem aqueles destinados aos adultos, são privilegiados com um leque de direitos reservados a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Embora, o próprio ECA conceitue o que vem a ser criança e adolescente, muitas práticas cruéis permanecem sendo realizadas, como foi, no entanto, a legislação por si só não pode concretizar direitos. É devido a isso, que se faz necessário a participação de toda a sociedade na luta e fiscalização dos direitos de meninas e meninos para que possam evitar tais violações (MORO, PAGANINI, 2015).

Em consequência disso, a discussão referente a responsabilidade penal dos adolescentes autores de atos infracionais é antiga e ocorre desde a constituição dos Estados Nacionais se desenvolvendo em várias três etapas: caráter penal indiferenciado, tutelar e de responsabilidade. A primeira etapa, referente ao caráter penal indiferenciado, que aconteceu no século XIX, considerava que os adolescentes deveriam ser submetidos às mesmas regras que os adultos.

A etapa tutelar aparece ao final do início do XX, amparada em preceitos filantrópicos, quando se passa a perceber os adolescentes como vítimas que merecem proteção especial. Além disso, era realizado o emprego de procedimentos defensivos e educativos próprios, qualificando a prática de ato infracional como mera consequência de imaturidade etária.

A principal finalidade dessa etapa era substituir o sistema penal dos adultos e escolher um sistema próprio para os adolescentes, com princípios e regras distintos (RABELO; NASCIMENTO, 2014).

O Congresso Internacional de Menores, ocorrido em 1911, em Paris, e a Declaração de Gênova de Direitos da Criança, em 1924, contribuíram para a constituição de uma Doutrina do Direito do Menor, baseada no binômio carência/delinquência, com a consciência de que o Estado tinha a obrigação de proteger os menores, mesmo que suprimindo as suas garantias. Trata-se da Doutrina da Situação Irregular (RABELO; NASCIMENTO, 2014).

Contudo, esse sistema protetivo não assegurava garantias penais e processuais para os adolescentes, que são privados de sua liberdade sem o devido processo legal, o contraditório ou a ampla defesa, ocorrendo, somente, a discricionariedade dos juízes, que estabeleciam a imposição da medida e por quanto tempo deveria o adolescente cumpri-la, ferindo, assim, os princípios da legalidade e da proporcionalidade. Essa teoria fundamentou o Código de Menores de 1979 (RABELO; NASCIMENTO, 2014).

A terceira e atual etapa, adotada pelo ECA é a responsabilidade penal dos adolescentes, que se constitui como uma ruptura profunda, tanto no modelo tutelar como o modelo penal diferenciado. Com isso, a citada etapa considera as crianças e adolescentes como indivíduos de direitos que estão protegidos em um modelo de justiça e de garantias, ou seja, “não pode o adolescente ser punido onde não seria o adulto”.

5. CAPITÃES DA AREIA E O CÓDIGO DOS MENORES

O primeiro documento a prever normas de assistência e proteção aos menores foi o Código de Menores do Brasil, instituído pelo Decreto nº 5.083, de 01 de dezembro de 1926 e posteriormente revogado pelo Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, conhecido como Código Mello Mattos, que consolidava as leis de assistência e proteção a menores (RABELO; NASCIMENTO, 2014).

O Decreto nº 17.943-A tinha como objeto e finalidade, no seu artigo 1º, “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos”, que deveria ser submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção.

Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos:

I - Que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;

II - Que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais. Tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;

III - Que tenham pai, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupilo ou protegido;

IV - Que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes;

V - Que se encontrem em estado habitual da vadiagem, mendicância ou libertinagem;

VI - Que frequentem lugares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.

VII - Que, devido à crueldade, abuso de autoridade, negligência ou exploração dos pais, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:

- a) Vítimas de mãos tratos físicos habituais ou castigos imoderados;
- b) Privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde;
- c) Empregados em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias a moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saúde;
- d) Excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;

VIII - Que tenham pai, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condenado por sentença irrecorrível;

- a) A mais de dois anos de prisão por qualquer crime;
- b) A qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime cometido por filho, pupilo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes. (BRASIL, 1927).

Verifica-se no inciso I do citado decreto a explicação de toda a situação apresentada em Capitães da areia em que o grupo vive na rua, alguns são órfãos e não possuem um tutor a não ser Pedro Bala, o mais velho entre eles que tem 15 anos. Devido a configuração das questões descritas, o Decreto nº 17.943-A apresenta possíveis medidas de serem aplicadas aos menores abandonados, elencadas no art. 55 que prevê:

Art. 55. A autoridade, a quem incumbir a assistência e proteção aos menores, ordenará a apreensão daqueles de que houver notícia, ou lhe forem presentes, como abandonados os depositará em lugar conveniente, o providenciará sobre sua guarda, educação e vigilância, podendo, conforme, a idade, instrução, profissão, saúde, abandono ou perversão do menor e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, adoptar uma das seguintes decisões.

- a) Entregá-lo aos pais ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, sem condição alguma ou sob as condições que julgar uteis à saúde, segurança e moralidade do menor;
- b) Entregá-lo a pessoa idônea, ou interná-lo em hospital, asilo, instituto de educação, oficina escola da preservação ou de reforma;
- c) Ordenar as medidas convenientes aos que necessitem de tratamento especial, por sofrerem de qualquer doença física ou mental;
- d) Decretar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela;
- e) Regular de maneira diferente das estabelecidas nos dispositivos deste artigo a situação do menor, si houver para isso motivo grave, e for do interesse do menor. (BRASIL, 1927)

Para Amin (2010, p. 7), “a tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se com a quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais”. A finalidade era recuperar o menor, moldando-o ao comportamento ditado pelo Estado. Logo, visava-se à recuperação do menor, mesmo que isso representasse o afastamento de sua família natural.

Acrescenta ainda que, durante a vigência do Código Mello Mattos, era de responsabilidade do Juiz de Menores decidir-lhes o destino, motivo pelo qual, na introdução da obra, uma mãe que era costureira denuncia através de cartas sobre a condição de maus-tratos sofrido pelo filho no reformatório para um juiz de menores, o qual se livra de sua responsabilidade (AMIN, 2010).

No final da década de 60 e começo da década de 70, iniciam-se as discussões sobre a reforma ou criação de uma legislação para os menores. Assim, no ano de 1979, o Decreto nº 17.943-A foi revogado pela Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979 que constituía o Código dos Menores o qual adotava a Doutrina da Situação Irregular considerando crianças e adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular.

O menor era visto como simples objeto de intervenção jurídico-social do Estado, sem que se debatesse se o adolescente é imputável ou não, responsável ou irresponsável por seus atos, mas sim a alegação de que sua ação violou a ordem jurídica e que, por isso, deve ser reeducado e ressocializado. Dessa maneira, são percebíveis o medo e o temor dos Capitães da areia em serem recolhidos: “Castigos... castigos... É a palavra que Pedro Bala mais ouve no reformatório. Por qualquer coisa eram espancados, por um nada eram castigados. O ódio se acumula dentro de todos eles” (AMADO, 2008, p. 198).

E evidente, também, ausência de direitos fundamentais referente às garantias penais e processuais, como o contraditório e a ampla defesa, quando o delegado, após mandar realizar a agressão física de Pedro Bala e o envia para o reformatório onde ele fica na cafua por oito dias.

6. ECA COMO “CÓDIGO PENAL JUVENIL”

Com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) em 1990, o Brasil passou a cuidar da questão da criança e do adolescente como prioridade absoluta, considerando ser dever das instituições sociais e do próprio Estado, a proteção integral dos integrantes mais fragilizados da sociedade. A nova legislação trouxe garantias de ordem processual e definiu a conduta cometida por estes jovens descrita como crime ou contravenção. Como se transcreve do ECA (Lei nº 8.069/90):

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - Pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - Igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - Defesa técnica por advogado;

IV - Assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - Direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Logo, o Direito Penal Brasileiro considera que crianças e adolescentes são inimputáveis, ou seja, aquele que ao tempo da ação ou omissão não apresenta maturidade mental, discernimento e autodeterminação para entender o caráter criminoso do fato e se determina de consoante esse entendimento. O fato de o adolescente infrator não responder por seus atos delituosos de acordo com o Código Penal, nem perante a Justiça Criminal, não o torna impunível nem o faz irresponsável.

Antes, conforme o sistema adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aqueles entre 12 e 18 anos são sujeitos de direitos e de responsabilidades e, por isso, quando cometem infrações, medidas socioeducativas podem ser impostas, inclusive a privação de liberdade, com o nome de internação, sem atividades externas.

Há o que se dizer que o ECA passou a ser utilizado como um "Código Penal Juvenil", estabelecendo um sistema de sancionamento de caráter pedagógico, sob fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania. Então, é incorreto afirmar que o adolescente infrator não sofre consequências ao cometer ato ilícito. O adolescente que incide em ato infracional terá uma contrapartida, a medida socioeducativa, é claro, menos severa que a pena imposta a um indivíduo maior de 18 anos.

No entanto, não se pode confundir inimputabilidade penal com impunidade, sustentando que a extensão do Sistema Penal Adulto ao adolescente em conflito com a Lei, buscando, inclusive, a redução da idade de imputabilidade penal, fixada em 18 anos. Ante o exposto, a conduta infracional da criança ou adolescente repercute no contexto sociocultural em que vive. E, atualmente, no Brasil, trata-se da decorrência da ausência do Estado em áreas como educação, saúde, habitação, assistência social etc., e, do desamparo das outras instituições sociais.

Além de que, a falta de políticas públicas nos espaços urbanos mais periféricos, em conjunto com a precariedade de vida daqueles que ali moram, permite o aumento da delinquência infantojuvenil. De fato, as condições de nascimento configuram um melhor caminho para determinar o comportamento da criança e adolescente, mas, sem lar, com pais ausentes e sem o atendimento das necessidades mínimas, é um passe livre para as perspectivas mais obscuras.

Isto posto, é incontestável a ineficácia do Estado em promover aos cidadãos, em especial as crianças e adolescentes, uma vida com dignidade, em que se encontrem condições de emergir no futuro, tanto no quesito econômico quanto no quesito social. Segundo Moreira, Rosário e Costa (2008, p. 1040):

Após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - em 1990, crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, diferentemente do que ocorria na vigência dos revogados Códigos de Menores de 1927 e 1979, que partiam da concepção da Doutrina da Situação Irregular.

Nos Códigos de Menores, não só os infratores eram considerados em situação irregular, mas também os carentes, os abandonados e os considerados inadaptados, cuja proteção dava-se a partir da separação da família, com internação em instituição pública ou conveniada. Ou seja, observa-se que as mesmas medidas judiciais eram adotadas, tanto nos casos de repercussão meramente social, quanto nos que implicassem violação à lei.

Do ECA, tem-se que, das medidas de proteção aplicadas nos casos da criança e adolescente em situação de risco, pode ser dada ênfase ao acolhimento institucional e ao acolhimento familiar, previstos pelos incisos VII e VIII do artigo 101, ECA, sendo que, as medidas socioeducativas previstas no artigo 112, incisos I a VII só deverão ser aplicadas de forma excepcional e provisória até que seja promovida a solução permanente ao caso. Como disposto na Lei n° 8.069/90:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - Advertência;
- II - Obrigação de reparar o dano;
- III - Prestação de serviços à comunidade;
- IV - Liberdade assistida;
- V - Inserção em regime de semiliberdade;
- VI - Internação em estabelecimento educacional;
- VII - Qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Ishida (2010) diz que cabe a família e primordialmente ao Estado, o empenho em proporcionar às crianças e aos adolescentes os direitos que a Constituição assegura, sendo prioridade de um Estado Democrático de Direito, porque, além de direitos e garantias fundamentais de pessoa humana, gozam esses do direito de desenvolvimento da fase em que se encontram, seja ela física, moral, mental, espiritual e social, de modo a preservar sua dignidade e liberdade.

Pode-se perceber a nítida proximidade entre o cometimento dos atos infracionais com relação à desestruturação familiar, com a omissão social e inércia do Estado em promover políticas públicas que sanem tais problemas. Fatores que podem ser considerados determinantes para o aumento dos índices de criminalidade estão na precariedade das relações familiares e na elevada falta de condições financeiras da sociedade e reafirmada pelo Estado, ocasionadas pela falta de políticas públicas de prevenção à delinquência da infância e juventude.

Assim, as medidas socioeducativas não integram as melhores formas de o Estado conduzir o delinquente juvenil ao convívio social, de maneira a trazer ao mesmo uma estrutura e, punir esses jovens com a mesma dureza com que se punem os adultos não seria a forma mais adequada de tratá-los, sabendo que esse fato poderia contribuir para que cada vez mais fosse aumentada a periculosidade e nocividade desses jovens à sociedade, tendo em vista que estariam em contato com outros criminosos em potencial.

7. A VIDA IMITANDO A ARTE

É inegável a relação entre o Direito e a Literatura. São inúmeras as obras literárias que postulam a discussão sobre o papel da justiça institucionalizada de proporcionar segurança e proteção a sociedade, outras que realçam a luta por tratamento igualitário as minorias por parte do Estado e do Direito. No livro *Capitães da areia* é possível observar como o contexto socioeconômico associado com a base familiar desestruturada daquelas crianças e adolescentes influenciou para sua inserção em uma realidade em que eram obrigadas a cometerem infrações para sobreviver.

Logo, as bases institucionais das personagens e da realidade das crianças do Brasil é diretamente influenciada pelo ambiente em que vivem. De fato, o suporte familiar coligado com a falta de amparo estatal quanto educação e lazer acabam se tornando os fatores de maior influência na individualidade do indivíduo. Atualmente, a formação da família deixou de seguir o modelo burguês e tradicional que dispõe a Constituição Federal de 1988 e assim, nasceu um novo modelo de família contemporânea enfrenta uma realidade socioeconômica bastante adversa, permeada por desafios cotidianos complexos oriundos dos reflexos de graves problemas sociais, como o desemprego, a pobreza, a violência, as drogas, entre outros.

No entanto, quando se trata de famílias limitadas em seus direitos básicos, tais problemas se encontram inseridos em seu contexto social, que diariamente, enfrentam a realidade da fome, carência e exclusão social. Portanto, essa família pode ser considerada desestruturada porque não exerce suas funções em relação aos deveres de guarda, sustento e educação. Conseqüentemente, a falha do Estado com a obrigação de promover a justiça social, não amparando a entidade familiar que é seu alicerce, bem como não lhe promovendo seus direitos básicos, perpetua-se nas camadas menos favorecidas da sociedade, atingindo principalmente a crianças e adolescentes, por se encontrarem em um estado particular de desenvolvimento.

Neste contexto, é sabido que, desestruturada e desagregada a família, seu desmantelo passa a ser fator importante na etiologia do estado de carência, de abandono e de conduta infracional do menor” (FERNANDES E FERNANDES, 2010, p.2). Corroborando esse entendimento, pontuam Machado e Primo (2016, p. 12):

Como primeiro fator de delinquência apontado, a falta de estrutura familiar, sobretudo naquelas famílias socialmente excluídas e desprovidas de recursos financeiros para seu sustento, além de quase sempre serem marcadas pela violência no lar, agrava a complexa situação do adolescente que se desenvolve dentro desse meio caótico (...) O adolescente que cresce e molda sua vida em meio familiar debilitado por frágeis relações de afetividade, caracterizado pelo vazio de valores de respeito e convívio, certamente tem dificuldades no âmbito social de lidar com as normas impostas e, quando exposto a situações de escolhas de conduta, tende a reproduzir condutas infringentes. É claro que não se pode generalizar, mas evidentemente, se não há princípios a serem sopesados pelo indivíduo, sua conduta estará condicionada a reproduzir aquilo que lhe parece normal.

É importante salientar que a conduta do indivíduo e o ato infracional não estão relacionados a um único fator, havendo muito mais além, que proporcionam o ato violento ou contrário as normas impostas. A conduta infracional é derivada de todas as misérias físicas e emocionais que crianças e adolescentes estão inseridos. Segundo Volpi (2012, p.6), “o cometimento de um ato infracional não decorre simplesmente da índole má ou de um desvio moral. A maioria absoluta é reflexo da luta pela sobrevivência, abandono social, das carências e violências a que meninos e meninas pobres são submetidos”.

O comportamento do indivíduo reflete a sua personalidade, que é construída através da integração da família e o meio social. Havendo desestrutura socioeconômica familiar, poderá influenciá-lo diretamente seu processo de formação. É importante ressaltar que, o ser humano não nasce infrator. O comportamento infracional, bem como o antissocial, é aprendido no meio e disseminado em razão das desigualdades sociais, entre outros fatores sociais da criminalidade.

Assim, acabam que por romper com a ordem vigente, uma vez que, não é atingida por não assegurar seus direitos fundamentais. A realidade vivenciada por crianças e adolescentes é aquela em que há a constante falta de saúde, de saneamento básico, de alimentação adequada, inclusive, falta de água potável, ou seja, uma realidade oprimida, na qual, não há que se falar em rede de proteção inicial, muito menos, no fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Para Souza e Carvalho (2012, p. 29):

Observa-se em relação às políticas destinadas à proteção da infância e da adolescência um movimento de desqualificação da família, que precisa ser questionado pois revela uma visão reducionista dos problemas econômicos, políticos e sociais do país. Numa época de segurança quase fóbica, fruto das desigualdades sociais, políticas públicas foram articuladas visando proteger as crianças e adolescentes para, de um lado, evitar o contingente marginal que se torna cada vez mais visível e incômodo à sociedade e, por outro, dar-lhes condições de desenvolvimento mais favoráveis já que representam “o futuro” de qualquer sociedade.

Isto Posto, conclui-se que a necessidade de transcender o padrão de conflitos familiares, que dão origem a comportamentos negligentes, violentos, aos maus tratos, ao abandono, são puramente incompetência da instituição familiar com relação a sua prole. Isto não deve ser percebido individualizado do contexto socioeconômico que permeia determinada instituição familiar, sob pena de promover a criminalização da pobreza, culpando unicamente os pais pela falta de recursos econômicos essenciais para a manutenção dos direitos fundamentais de seus filhos.

Sendo assim, Jorge Amado apresenta uma história em que deixa evidente a falta de afeto, amor, atenção e cuidados aos Capitães, eles vivem à mercê da sociedade e sentem a necessidade de ter por perto alguém que para protegê-los, afagá-los e consolá-los, pois são crianças como quaisquer outras. O autor enfatiza a situação do menor abandonado por meio de reflexões como:

Capitães da Areia. Eles furtavam, brigavam nas ruas, xingavam nomes, derrubavam negrinhas no areal, por vezes feriam com navalhas ou punhal homens e polícias. Mas, no entanto, eram bons, uns eram amigos dos outros. Se faziam tudo aquilo é que não tinham casa, nem pai, nem mãe, a vida deles era uma vida sem ter comida certa e dormindo num casarão quase sem teto. Se não fizessem tudo aquilo morreriam de fome, porque eram raras as casas que davam de comer a um, de vestir a outro. E nem toda a cidade poderia dar a todos. (AMADO, 2008, p. 106).

Há um papel de destaque ao falar das dificuldades, angústias e anseios, sendo colocado na condição de humano como qualquer outro, que mesmo sem oportunidades consegue acender e contribuir para uma nova realidade. Consequentemente, percebe-se que mesmo o próprio indivíduo duvidando que pudesse ter um futuro diferente, com ajuda e incentivo necessários, este consegue ter outro destino.

É indiscutível que durante toda a trajetória dos Capitães, a carência das instituições família, sociedade e Estado foram fundamentais para transformá-los no "terror" da capital baiana. Durante o romance, nota-se que o governo, que deveria zelar pela integridade física e de socialização dessas crianças, não cumpre com o seu papel e as trata de forma desumana, chegando a adotar medidas de tortura como forma de punição e para que "refletissem" seus atos e mudar, o que as revoltam, fazendo com que sejam dominadas pelo sentimento de ódio ao ponto de cometer as mesmas condutas e até piores. Álvaro Cardoso Gomes (1998, p. 96) resume a obra de Jorge Amado da seguinte forma:

Em síntese, Capitães da areia é um dos poucos romances de denúncia social escritos com talento e amor, e que põe o dedo numa das maiores feridas de nosso país: a situação do menor abandonado.

Desse modo, o romance de Jorge Amado provoca uma curiosa reflexão: de um lado, comove com sua visão lírica, às vezes apaixonada, dos meninos que atendem pelos nomes e apelidos de Pedro Bala, Sem-Pernas, Pirulito, Professor, Gato, Volta Seca etc., de outro, se cotejarmos o que o livro conta com o que ocorre no nosso tempo e, deixa no ar uma série de indagações [...].

Dessa forma, a obra revela a importância dos laços familiares, especialmente, na vida das crianças e adolescentes, pois é a família que representa a base na formação do ser humano. E isso, não acontece na vida dos meninos do grupo, que vagam pela praia, fazendo suas próprias leis sem a tutela de ninguém e que dominam o espaço e infringem a ordem social, mas principalmente, são esquecidos pela ordem de inclusão social.

Assim, o autor simboliza uma temática de caráter social sempre atual, representada pelo abandono, discriminação e marginalização de jovens. E ainda, traz a opressão de representações sociais que, em vez de buscarem a reintegração do grupo à sociedade, contribuem com sua total minoração, atrelado com a falta de oportunidades de educação.

Conclui-se, diante da complexidade que envolve o mundo infanto-juvenil e suas mazelas, é notório que a infância e adolescência estão em condições dissonantes da proteção prioritária que lhes é assegurada constitucionalmente. Consequentemente, necessitando de mudanças no sentido de uma articulação integrada entre o Poder Público, a família e a sociedade, de forma a concretizar seus direitos e garantias através da criação de políticas públicas, principalmente sociais, ou da efetivação das que já existem, visando resguardar esses menores da pobreza, do abandono, da violência, da marginalização, da discriminação.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto no presente ensaio, não resta difícil de apontar que Direito e Literatura estão conectados, em que pese o estudo do livro *Capitães da areia*, que constitui-se em elementos aceitáveis na explicação de ideias e paradigmas jurídicos ao mostrar o compromisso do autor com a realidade social e sua grande missão conscientizadora em se posicionar diante do problema dos menores abandonados, mostrando que a marginalidade é um problema social que exige consciência e transformação de todo ser humano.

Além do mais, foi possível contrastar a realidade representada na obra que corresponde à situação dos menores na década de 30 do séc. XX e a realidade atual, problematizando, na esfera jurídica, o abandono e a prática de ato infracional realizados por crianças e por adolescentes não somente na cidade de Salvador, mas em todo o Brasil.

Ademais, entender que a marginalidade infanto-juvenil está, também, ligada a fatores como pobreza, ausência da função paterna e/ou materna que acabam constituindo um contexto de vulnerabilidade, que os levam a delinquência como é apresentado no livro quando é frequente as infrações seja para se alimentar, seja para manter certo status social dentro do grupo. Nessa condição, desassistidos dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que possibilitam o desenvolvimento em condições de liberdade e dignidade, a rua se torna uma alternativa ou o único espaço no qual esses sujeitos podem se reconhecer e adquirir uma identidade.

Todavia, a maneira de apuração desses atos infracionais, ao longo das décadas, foi alterada, saindo de um sistema mais de proteção para uma atuação que garanta mais direitos fundamentais pelo Poder Público e o conseqüentemente entendimento de que crianças e adolescentes são sujeitos detentores de direito.

O pensar histórico do menor infrator na obra de Jorge Amado com os tempos atuais, a um olhar hermenêutico, depreende-se que a maioria das crianças e adolescentes envolvidos na prática de ato infracional são oriundos de classes carenciadas economicamente e, por conseguinte, sujeitas a diversos fatores desestruturantes, como grau escolaridade ineficiente ou inexistente, falta ou precariedade de moradia, cuidados sanitários e nutricionais inadequados, violência intrafamiliar, entre outros.

Dessa forma, a obra aborda aspectos jurídicos e sociais, ao exibir os desrespeitos de uma legislação que considerava as crianças e os adolescentes como simples objetos de direito, sem garantias legais e processuais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Capitães da areia é um romance envolvente também pela sua linguagem popular, objetiva e ao mesmo tempo lírica e que, apesar de ter sido publicado há mais de oitenta anos, continua atual e comovente, provocando reflexões nos leitores como o modelo econômico, a organização social e a consciência dos cidadãos brasileiros. Muitas mudanças ocorreram no país em todos os sentidos, mas o planejamento social, a qualidade e as condições de vida de muitos continuam as mesmas retratadas no universo ficcional criado pelo escritor baiano.

Diante desta assertiva, conclui-se que a intervenção do Estado em face aos primeiros contatos com a criminalidade na adolescência, poderia de fato, agir na raiz deste problema, recuperando o adolescente infrator, quando ainda é possível recuperá-lo. E, também, com a tentativa de suprir a falha familiar e social que os levam a entrar na marginalidade.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Jorge. **Capitães da areia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 311 p.
- BARREIRA, Wilson, BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O Direito do Menor na nova Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 out. 2022.
- BRASIL. **Código de Menores de 1927**. Decreto n. 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927.
- GOMES. Álvaro Cardoso. **Roteiro de leitura: Capitães da areia de Jorge Amado**. 2. ed., São Paulo: Ática, 1998.
- DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: a infância e a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. 10. ed., São Paulo: Ática, 1995.
- DUARTE, Eduardo de Assis. **Jorge Amado: leitura e cidadania**. In: AMADO, 2004, p. 39-50
- FERNANDES, Walter; FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MACHADO, Belchior de Jesus Cavalcante; PRIMO, Shelley Macias. Redução da maioria penal: **O adolescente em conflito com a lei e os fatores de delinquência**. Revista de Direito FibrLex, v. 1, p. 1-10, 2016.
- MOREIRA, J. O., ROSARIO, Â. B. do., & COSTA, D. B. da. (2008). **Criminalidade juvenil no Brasil pós-moderno: Algumas reflexões psicossociológicas sobre o fenômeno da violência**. Revista Mal-Estar e Subjetividade, v. 8, n.4, p.1021-1046.
- MORO, R.; PAGANINI, J.; LEAL, J. S. **A infância roubada e o direito de brincar: estudo sob a ótica dos direitos da criança e adolescente**. Trabalho de conclusão de curso, Graduação em Direito - universidade do extremo sul catarinense. 2015.
- RABELO, J. S.; NASCIMENTO, M. D. S. **Adolescentes Em Conflito Com A Lei Na Obra Capitães Da Areia De Jorge Amado**. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. (Org.). XXIII Encontro Nacional do CONPEDI UFSC. 1. ed. 2014. p. 103-117
- ROCHA, Roger. **Da irresponsabilização criminal do adolescente infrator**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3145, 10 fev. 2012. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/21063>>. Acesso em: 19 out. 2022.
- SANTOS, Flávio Gonçalves dos; RODRIGUES, Inara de Oliveira; BRITCHA, Laila. **Colóquio Internacional 100 anos de Jorge Amado: História, Literatura e Cultura**. Ilhéus: Editus - Editora da UESC, 2013. 272 p.
- SCHWARTZ, Germano. **A Constituição e o Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006.
- SOUZA, Michele Maria Brito da Ponte; ALCOLUMBRE, Shelley Macias Primo. **Os reflexos da desestrutura familiar nos atos infracionais: uma realidade de exclusão**. Revista de Direito FibrLex, Manaus, n. 3, p. 4-14, fev. 2018. Disponível em: < <https://fibrapara.edu.br/periodicos/index.php/fibralex/article/view/69>>. Acesso em: 31 out. 2022.
- VOLPI, Mário. **Da prática do ato infracional: apontamentos ao art. 103 do ECA**. In: CURY, Munir (Coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Cap. 52. p. 174-177.

A IMPORTÂNCIA DA REPARTIÇÃO TRIBUTÁRIA NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO: ESTUDO DE CASO NO MUNICÍPIO DE TERESINA/PI EM 2019³

Francisco Eliseu de Sousa Pereira Júnior⁴

A partir do exposto no presente ensaio, não resta difícil de apontar que Direito e Literatura estão conectados, em que pese o estudo do livro Capitães da areia, que constitui-se em elementos aceitáveis na explicação de ideias e paradigmas jurídicos ao mostrar o compromisso do autor com a realidade social e sua grande missão conscientizadora em se posicionar diante do problema dos menores abandonados, mostrando que a marginalidade é um problema social que exige consciência e transformação de todo ser humano.

Resumo

O presente artigo busca analisar o federalismo fiscal previsto na Constituição Federal, promulgada em 1988, analisando a sua implantação desde a Carta Política de 1891, passando pelos diversos momentos em que o instituto foi sucessivamente desmontado e remontado, até a sua configuração atual. A análise se dá sob a ótica das transferências intergovernamentais, que ocorrem de modo a proporcionar um equilíbrio entre as atribuições que determinado ente está encarregado e os recursos necessários para consecução do objetivo. Por meio de uma abordagem quanti-qualitativa, como forma de evidenciar a relevância do aludido mecanismo de transmissão de verbas, analisar-se-á o caso de Teresina/PI, no ano de 2019, no qual se observou por meio de uma pesquisa exploratória descritiva de cunho avaliativo que sem a existência dos montantes recebidos da União e do Estado do Piauí, importantes despesas estariam comprometidas.

Palavras-chave: Federalismo; transferências intergovernamentais; repartição de receitas; Fundo de Participação dos Municípios; receitas tributárias

Abstract

This article seeks to analyze the fiscal federalism provided for in the Federal Constitution, enacted in 1988, analyzing its implementation since the Political Charter of 1891, passing through the different moments in which the institute was successively dismantled and reassembled, until its current configuration. The analysis takes place from the perspective of intergovernmental transfers, which occur in order to provide a balance between the attributions that a given entity is in charge of and the treatment resources for the consecration of the objective. Through a quanti-qualitative approach, as a way to evidence a research of the aforementioned mechanism of funds transmission, analyze it in the case of Teresina / PI, in the year 2019, in which it is observed through a descriptive exploratory research of an evaluative nature that without the existence of the amounts received from the Union and the State of Piauí, important expenses are compromised.

Keywords: federalism; intergovernmental transfers; revenue sharing; Municipality Participation Fund; tax revenue

³ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior – ICEV, feito sob a orientação do Prof.º Me. Antônio Cláudio Portella Serra e Silva. (Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0849146114881065>).

⁴ Bacharel em Ciências Contábeis (UFPI). Bacharel em Direito (ICEV). Pós-graduado em Contabilidade Pública e Orçamento Público (Estácio CEUT). Analista de Orçamento e Finanças Públicas da Prefeitura Municipal de Teresina. E-mail: eliseu_junior@hotmail.com. (Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4371903863603377>).

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988) tem como um de seus pilares a forma federativa de Estado, a qual pressupõe a divisão clara de competências entre os entes federativos, que, para fazer frente às suas responsabilidades – sobretudo num contexto de Estado garantidor de direitos – deve exercer a sua competência tributária, delimitada na Carta Constitucional, isto é, devem arrecadar receitas, sejam elas oriundas de tributos – receita derivada – ou provenientes da exploração do patrimônio estatal – receita originária.

Nessa senda, o constituinte originário fez constar na Carta Magna quais os tributos poderão ser exigidos por cada ente federativo. No tocante aos impostos, não se permitiu espaço para sobreposição de competências, a não ser no tocante ao imposto extraordinário de guerra, de competência da União.

Todavia, a despeito da segregação de competências supracitada, é imperioso destacar que a CF/1988 admite a repartição tributária referente a diversos tributos, como materialização do federalismo fiscal, que é substância da forma de Estado adotada pela Assembleia Constituinte de 1987-1988. Tal mecanismo é também conhecido como transferências intergovernamentais sendo relevante conhecer como elas ocorrem e entender o quanto são significativas para os entes subnacionais poderem honrar com a gama de atribuições a eles impostas.

Ademais, cumpre ressaltar a importância da pesquisa que se apresenta, visto que o federalismo fiscal é um assunto que relaciona diretamente duas das áreas de estudo do Direito: tributário e financeiro. Temas que são cada vez mais alvos de alterações legislativas e de propostas de emendas constitucionais. Outrossim, não é difícil deduzir o quanto o tema é valioso, pois é comum depararmo-nos com noticiários informando sobre decisões políticas de cunho tributário que influenciam fortemente as relações entre os entes federativos.

Sendo assim, por meio de uma pesquisa exploratória descritiva de cunho avaliativo avaliar-se-á as questões referentes às transferências intergovernamentais, em especial no município de Teresina – PI, no ano de 2019, último exercício financeiro anterior ao cenário de pandemia provocado pelo coronavírus (COVID-19)⁵, que acometeu sobremaneira as finanças públicas de todos os entes federativos desde então.

O caráter exploratório da pesquisa vai permitir o contato com os conceitos iniciais para melhor conhecê-los. A partir disso, os conceitos trazidos serão aprofundados e suas características apresentadas, configurando o aspecto descritivo da pesquisa, ao passo que a vertente avaliativa se consubstanciará na avaliação dos impactos das transferências intergovernamentais no município de Teresina (MARKONI & LAKATOS, 2003).

Quanto à abordagem, utilizar-se-á o método qualiquantitativo, tendo em vista que, num primeiro momento, será lançada mão da vasta doutrina pátria sobre o tema a ser abordado, bem como de jurisprudências existentes. Já num segundo momento, serão utilizados dados quantificáveis, de forma que a abordagem quantitativa complementa a qualitativa (GUSTIN & DIAS, 2015).

Insta pontuar que, para a coleta dos dados utilizados, optou-se por acessar o Portal da Transparência do Município de Teresina e organizar em formato de planilhas e gráficos os valores encontrados, de modo a permitir as análises e conclusões que serão apresentadas.

⁵Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (BRASIL, 1988).

⁶Por meio da competência tributária extraordinária, poderá, a União, fixar como fato gerador da exação qualquer atividade, desde que não imune, inclusive as que forem já previstas no texto constitucional como capazes de gerar tributos de competência estadual ou municipal (ALEXANDRE, 2021).

⁷A título de exemplo, nos últimos 3 anos, foram aprovadas as Emendas Constitucionais: nº 100/2019 – que alterou os dispositivos que tratam da execução de emendas parlamentares individuais –; nº 108/2020 – que abordou sobre a forma de cálculo da distribuição da cota-parte de ICMS para os municípios e também trouxe disposições acerca dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) –; e nº 112/2021 – que disciplinou sobre a distribuição de recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

⁸ Como exemplo pode-se citar, quando em 2009, para fomentar a indústria, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva resolveu desonerar o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI da linha branca (composta, em sua maioria, por eletrodomésticos), gerando impactos financeiros para municípios e estados (GODOY, 2009).

2. O FEDERALISMO FISCAL: ASPECTOS GERAIS À LUZ DO DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

O Direito Financeiro, apesar de guardar muitos temas em comum com o Direito Tributário, tem sua independência e campo de atuação próprio e pode ser concebido como o ramo do direito público que tem como objeto de estudo as finanças do Estado em sua estreita relação com a sua atividade financeira, isto é, trata-se do conjunto de regras e princípios que estuda a atividade financeira do Estado, compreendida esta como receita, despesa, orçamento e créditos públicos. (LEITE, 2015, p. 23)

O Direito Tributário, por sua vez, também é ramo do direito público, e consiste na ciência que estuda a relação jurídica travada entre o particular e o Estado, detentor do poder de tributar, consubstanciando-se na obrigação tributária, que tem como fim uma receita, que vem a ser um dos elementos da atividade financeira estatal (COELHO, 2020).

Tem-se, portanto, que o Estado para honrar seus compromissos seja com seus credores, seja com a população, por meio da prestação de serviços públicos de qualidade, precisa de recursos financeiros, que são alcançados, predominantemente pela atividade de tributação, que é uma prerrogativa dos entes de direito público, garantida pela CF/1988¹⁰.

Entretanto, o conceito de receita pública não é tão simples e objetivo quanto se parece. Isto porque há uma sutil diferença entre receita pública e ingresso público, que deve ser bem observada, para não resultar em equívocos ou em análises enviesadas. Nesse sentido, Abraham (2018) pontua que quando se tratar de entrada de recursos de forma provisória estar-se-á diante de um simples ingresso público, que pode abranger valores que transitam de forma temporária pelos cofres da administração. De outro modo, receitas públicas correspondem àqueles montantes que integram o patrimônio do Estado de maneira definitiva.

Ante o exposto, infere-se que receita é gênero do qual ingressos e receita pública (propriamente dita) são espécies, sendo esta última a mais relevante para compreensão deste artigo, visto que seus montantes é que compõem o cálculo de repartição tributária relacionado ao federalismo fiscal vigente em nosso ordenamento jurídico.

2.1. Do Federalismo Fiscal:

Em que pese estejamos vivendo desde a CF/1988 numa forma de Estado federal, é preciso esclarecer que nem sempre esta configuração foi a predominante. Segundo aduz Velloso (1992), a nossa primeira Carta Constitucional, desde a promulgação da República em 1889 (Constituição de 1891), já previa o federalismo, todavia, num formato dualista, de modo a não contemplar os municípios, somente a União e os estados.

Posteriormente o país passou por várias Assembleias Constituintes (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), nas quais o federalismo sofreu algumas flutuações quanto à sua abrangência. Passando desde uma essência cooperativista, em 1934, a um retrocesso em 1937, quando o federalismo passou a ser nominal (HORTA, 1996).

Adiante, em 1946, o cooperativismo foi reerguido, momento em que houve uma tentativa de retomar valores outrora trazidos em 1934, por meio de uma divisão mais equilibrada entre os entes subnacionais (descentralização). Todavia, esta situação foi novamente abalada, desta vez em decorrência da instauração do Regime Militar em 1964, que acabou por centralizar novamente não só o poder político nas mãos da União, mas também o poder fiscal e financeiro da federação (JORNADAS INTERNACIONALES DE FINANZAS PÚBLICAS, 2008)

¹⁰ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. (BRASIL, 1988).

Adiante, em 1946, o cooperativismo foi reerguido, momento em que houve uma tentativa de retomar valores outrora trazidos em 1934, por meio de uma divisão mais equilibrada entre os entes subnacionais (descentralização). Todavia, esta situação foi novamente abalada, desta vez em decorrência da instauração do Regime Militar em 1964, que acabou por centralizar novamente não só o poder político nas mãos da União, mas também o poder fiscal e financeiro da federação (JORNADAS INTERNACIONALES DE FINANZAS PÚBLICAS, 2008)

Por fim, chegamos à Constituição de 1988, que surgiu após um cenário de centralização de poder – autoritarismo –, de incertezas econômicas, de irresponsabilidade com as finanças públicas, dentre outras características. Neste momento, foi reestabelecida a autonomia dos entes subnacionais, abrangendo o poder político-administrativo dos estados e municípios, a competência tributária e a descentralização fiscal (BARROSO, 2000).

Nessa toada, o federalismo fiscal é corolário da forma como o Estado se configurou no Brasil, que vem a ser a federação, protegida por cláusula pétrea¹¹, no art. 60, §4º, I da CF/1988, e, como tal, conforme adverte Carraza (2013), não pode ser alvo de violação, nem mesmo de forma oblíqua, que seria a hipótese de Emenda Constitucional (EC) com o objetivo de suprimir parte da competência tributária de determinado ente federativo.

Porém, mais do que um dispositivo jurídico trazido pelo Poder Constituinte Originário, a ideia de federalismo nos leva à forma como os entes subnacionais, juntamente com a União, irão dar vazão às inúmeras demandas sociais e econômicas, adotando, para isso, as políticas públicas mais eficazes possíveis.

A CF/1988 trouxe, em seu art. 23, um rol de competências comuns a todos os entes federados. Trata-se de responsabilidades nas mais diversas searas: educação, saúde, meio ambiente, cultura etc. Todas são bem abrangentes e exigem uma atuação eficiente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não somente no aspecto da receita pública, mas também do ponto de vista do gasto eficiente, pois de nada adianta uma boa capacidade arrecadatória sem o devido zelo com o erário.

Outro dispositivo constitucional que reforça a ideia de cooperação entre os entes federados está consignado logo no início da CF/1988, no espaço em que o constituinte originário reservou para definir os objetivos da República Federativa do Brasil¹², denotando um claro interesse de que os membros da federação atuem de maneira interrelacional para o alcance de seus desígnios.

Por sua vez, o cidadão ao se deparar com tantas atribuições elencadas na Carta Constitucional, não só no dispositivo supracitado¹³, deve-se perguntar como que o Estado poderá açambarcar tantas responsabilidades. Para isso, deve-se ter em mente, que os entes federativos irão exercer suas competências tributárias delineadas pela CF/1988. O Poder Público, portanto, irá atuar, com base na lei e em suas prerrogativas, sobre o patrimônio do particular, obtendo receitas (ALEXANDRE, 2021).

Todavia, a despeito dos entes federativos possuírem competência para instituir seus respectivos impostos, numa clara manifestação de autonomia financeira, Conti (2010) ressalta que tal prerrogativa, por si só, não deixa os estados e municípios confortáveis financeiramente no tocante ao atendimento das inúmeras demandas que devem responder. Desse modo, o federalismo fiscal se impõe, a partir da repartição do produto da arrecadação e do sistema de transferências intergovernamentais, configurando-se em um modelo de federalismo cooperativo¹⁴.

No entanto, a ideia de que “as necessidades do homem são inesgotáveis e os recursos, por outro lado, são escassos”, pode ser materializada pela necessidade dos entes subnacionais de receberem recursos oriundos da arrecadação de um ente maior¹⁵, o que leva a ideia de que este mecanismo de repartição advém do fato de que, na divisão de competência tributária, houve uma maior centralização de renda no Poder Público Federal, submetendo, conseqüentemente os demais entes a um cenário de maior dificuldade em angariar recursos para fazer frente às suas necessidades (ALEXANDRE, 2021).

Por outro lado, Mendes (2016, p. 118) aponta que esse argumento não passa de um mito, pois o Brasil, dentre os governos federalizados, é um dos que mais descentraliza recursos, seja com relação ao seu PIB (Produto Interno Bruto) – que em países com a mesma faixa de renda nossa chegam à proporção de 30,9%, enquanto no caso brasileiro participam com 56,4% – ou com base na sua receita pública total – que em nosso país chegam a ficar com 22%, ao passo que os demais países têm a média de 17,4%.

¹¹Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado

¹²Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

O Constituinte Originário, no tocante às competências próprias dos Estados, no art. 25, § 1º deixa claro que as Unidades Federativas devem se pautar por uma competência residual. Ademais, o art. 30 enumera outras competências próprias dos municípios, algumas delas, que deverão ser executadas em cooperação técnica e financeira com a União e os Estados, a exemplo da educação e da saúde.

¹⁴O compartilhamento de receitas está previsto nos art. 157 a 159 da Constituição Federal, e pode se dá pela participação direta, que é quando o ente federado arrecada e transfere parte do recurso ao ente de menor porte (ex.: Estado do Piauí arrecada o imposto sobre propriedade de veículos automotores – IPVA e transfere aos municípios 50% do produto da arrecadação referente aos veículos licenciados em seus territórios); e pela participação indireta, notabilizada pela transferência por meio de fundos, posteriormente destinada aos entes subnacionais (ex.: a União destina ao Fundo de Participação dos Estados – FPE 21,5% da arrecadação advinda do Imposto sobre a Renda – IR e do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI), conforme aduz Conti (2010).

¹⁵A União repassa parte de sua arrecadação ao Distrito Federal e aos Estados, e estes últimos fazem o mesmo perante os Municípios que compõem o seu território.

2.2. Das transferências intergovernamentais

É importante esclarecer que no âmbito do federalismo fiscal há as transferências de recursos financeiros entre os entes da federação, prevalecendo o fluxo do maior para o menor, ou seja, do governo mais amplo para o mais restrito. São as transferências intergovernamentais, que se configuram pelo deslocamento de montantes do Governo Federal para os Estaduais e destes para os Municipais. Ressalte-se que também ocorre de a União repassar valores diretamente aos Municípios, sem intermédio da Unidade Federativa respectiva.

Prado (2006) analisa a fundo as transferências governamentais e demonstra a razão de ser desse instituto, que é, sobretudo, estreitar o hiato que existe entre os entes federativos no tocante à capacidade de arcar com seus próprios gastos, ainda mais quando se observa que os compromissos que foram atribuídos pelo constituinte originário aos entes subnacionais são inversamente proporcionais às bases tributárias a eles conferidas.

A esse desequilíbrio entre os entes federativos o referido autor dá o nome de brecha vertical, que pode ser entendida como o fato de os governos superiores arrecadarem mais recursos do que gastam diretamente, ao passo que os governos de nível inferior arrecadam menos do que despendem, o que faz com que as federações se utilizem das transferências verticais que, por sua vez, classificam-se, de acordo com o papel que exercem na tentativa de reduzir a brecha vertical, em: livres, condicionadas, legais e voluntárias.

Tal classificação é mais bem analisada quando estudada em consonância com a taxonomia trazida por Mendes, Miranda e Cossio (2008), que considera, quanto à condicionalidade, que as transferências podem ser dos seguintes tipos: incondicionais – redistributivas e devolutivas, condicionais – voluntárias e obrigatórias, ao setor produtivo privado e diretas a indivíduos.

Fazendo o cotejo entre as duas classificações acima, observa-se que as transferências livres se aproximam muito do conceito de incondicionais, todavia, estas, quando do tipo redistributivas, seguem critérios socioeconômicos ou demográficos, não advindo qualquer tipo de obstáculo ao emprego dos recursos pelo ente subnacional (BAIÃO, CUNHA, SOUZA, 2017). Já as de caráter devolutivo tem sua razão de existir em função da concentração¹⁶, seja no âmbito federal ou sob a alçada das Unidades Federativas, de algumas bases tributárias que, se assim não o fosse, dificultaria muito a cobrança do tributo, ensejando até mesmo a tributação em cascata¹⁷, que não seria eficiente do ponto de vista produtivo.

No tocante às transferências consideradas condicionadas, Mendes, Miranda e Cossio (2008) e Prado (2006) parecem concordar com a ideia de que tais repasses funcionam como um meio da Federação, através do Governo Federal, controlar os recursos enviados aos entes subnacionais, não restando a estes, conseqüentemente, quase nenhum grau de flexibilidade na execução do gasto público financiado com tais rubricas. Exemplos maiores de tais transferências (na modalidade condicionada obrigatórias) são aquelas referentes ao Sistema Único de Saúde – SUS e os valores a título do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – Fundeb. Para Arretche (2005), em que pese os governos locais possam contar com recursos capazes de dar vazão às demandas dos municípios, a autonomia na definição da agenda é diminuta, dado que muitas transferências são vinculadas.

Quando se analisa aquelas transferências condicionadas voluntárias, há, nesses casos, forte discricionariedade por parte do governo central, que pode conduzir o repasse de acordo com determinada política adotada pela gestão do momento (MENDES, MIRANDA, COSSIO, 2008). Predominam, neste último caso, os acordos e convênios celebrados entre os entes.

Importante constatar que, pela taxonomia adotada por Prado (2006), as transferências legais podem ser entendidas como aquelas cujo repasse deriva da legislação, de modo que, quanto maior a sua predominância em determinado ente subnacional, maior será a garantia de financiamento dos seus gastos, visto que tais recursos não se guiam pelos caprichos do gestor público, mas sim pelo ordenamento jurídico posto. O autor apresenta, ainda, as transferências voluntárias, que se opõem às legais e se concretizam a partir de um ato de vontade das partes envolvidas.

Retomando a classificação defendida por Mendes, Miranda e Cossio (2008), há, ainda, aquelas transferências que, em que pese recebam a alcunha de intergovernamental, não o são, pois ou representam recursos que visam auxiliar negócios privados em regiões menos desenvolvidas (como o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste – FNE¹⁶) – é o caso das transferências ao setor produtivo – ou correspondem aos valores distribuídos diretamente à população de baixa renda, como as políticas assistenciais do governo, dentre elas, o Programa Bolsa Família¹⁹ – em se tratando de transferências diretas a indivíduos.

¹⁶ Para resolver essa centralização de numerário nas mãos de um só ente é que ocorre a devolução de parte do valor correspondente ao tributo arrecadado para o ente subnacional em que se deu a operação que ensejou a tributação. É o caso, por exemplo, do ICMS e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR (MENDES; MIRANDA; COSSIO, 2008).

¹⁷ Determinados tributos, a exemplo do ICMS, tem como característica a não cumulatividade (art. 155, § 2º, I, CF/1988), que significa que o valor devido, a título de imposto em cada operação envolvendo determinada mercadoria ou prestação de serviços, será calculado descontando-se o montante cobrado nas etapas anteriores da cadeia (ALEXANDRE, 2021).

¹⁸ É o principal instrumento financeiro da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) para a Região e um dos pilares do Plano Regional de Desenvolvimento do Nordeste (PRDNE). Ele foi criado pela CF/1988 e regulamentado pela Lei nº 7.827/1989, para ser uma fonte estável de recursos para o financiamento das atividades produtivas da região Nordeste e do Norte dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, para estudantes abrangidos pelo Programa de Financiamento Estudantil e para pessoas físicas, mini e microgeradoras de energia fotovoltaica, em condições apropriadas para a promoção do desenvolvimento econômico e social (BANCO DO NORDESTE, 2021).

¹⁹ É um programa de transferência direta de renda, direcionado às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País, de modo que consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza (SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DO GOIÁS, 2019).

2.2. Das transferências intergovernamentais

É importante esclarecer que no âmbito do federalismo fiscal há as transferências de recursos financeiros entre os entes da federação, prevalecendo o fluxo do maior para o menor, ou seja, do governo mais amplo para o mais restrito. São as transferências intergovernamentais, que se configuram pelo deslocamento de montantes do Governo Federal para os Estaduais e destes para os Municipais. Ressalte-se que também ocorre de a União repassar valores diretamente aos Municípios, sem intermédio da Unidade Federativa respectiva.

Prado (2006) analisa a fundo as transferências governamentais e demonstra a razão de ser desse instituto, que é, sobretudo, estreitar o hiato que existe entre os entes federativos no tocante à capacidade de arcar com seus próprios gastos, ainda mais quando se observa que os compromissos que foram atribuídos pelo constituinte originário aos entes subnacionais são inversamente proporcionais às bases tributárias a eles conferidas.

A esse desequilíbrio entre os entes federativos o referido autor dá o nome de brecha vertical, que pode ser entendida como o fato de os governos superiores arrecadarem mais recursos do que gastam diretamente, ao passo que os governos de nível inferior arrecadam menos do que despendem, o que faz com que as federações se utilizem das transferências verticais que, por sua vez, classificam-se, de acordo com o papel que exercem na tentativa de reduzir a brecha vertical, em: livres; condicionadas; legais; e voluntárias.

Tal classificação é mais bem analisada quando estudada em consonância com a taxonomia trazida por Mendes, Miranda e Cossio (2008), que considera, quanto à condicionalidade, que as transferências podem ser dos seguintes tipos: incondicionais – redistributivas e devolutivas; condicionais – voluntárias e obrigatórias; ao setor produtivo privado; e diretas a indivíduos.

Fazendo o cotejo entre as duas classificações acima, observa-se que as transferências livres se aproximam muito do conceito de incondicionais, todavia, estas, quando do tipo redistributivas, seguem critérios socioeconômicos ou demográficos, não advindo qualquer tipo de obstáculo ao emprego dos recursos pelo ente subnacional (BAIÃO; CUNHA; SOUZA, 2017). Já as de caráter devolutivo tem sua razão de existir em função da concentração, seja no âmbito federal ou sob a alçada das Unidades Federativas, de algumas bases tributárias que, se assim não o fosse, dificultaria muito a cobrança do tributo, ensejando até mesmo a tributação em cascata¹, que não seria eficiente do ponto de vista produtivo.

No tocante às transferências consideradas condicionadas, Mendes, Miranda e Cossio (2008) e Prado (2006) parecem concordar com a ideia de que tais repasses funcionam como um meio da Federação, através do Governo Federal, controlar os recursos enviados aos entes subnacionais, não restando a estes, conseqüentemente, quase nenhum grau de flexibilidade na execução do gasto público financiado com tais rubricas. Exemplos maiores de tais transferências (na modalidade condicionada obrigatórias) são aquelas referentes ao Sistema Único de Saúde – SUS e os valores a título do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – Fundeb. Para Arretche (2005), em que pese os governos locais possam contar com recursos capazes de dar vazão às demandas dos municípios, a autonomia na definição da agenda é diminuta, dado que muitas transferências são vinculadas.

Quando se analisa aquelas transferências condicionadas voluntárias, há, nesses casos, forte discricionariedade por parte do governo central, que pode conduzir o repasse de acordo com determinada política adotada pela gestão do momento (MENDES; MIRANDA; COSSIO, 2008). Predominam, neste último caso, os acordos e convênios celebrados entre os entes.

Importante constatar que, pela taxonomia adotada por Prado (2006), as transferências legais podem ser entendidas como aquelas cujo repasse deriva da legislação, de modo que, quanto maior a sua predominância em determinado ente subnacional, maior será a garantia de financiamento dos seus gastos, visto que tais recursos não se guiam pelos caprichos do gestor público, mas sim pelo ordenamento jurídico posto. O autor apresenta, ainda, as transferências voluntárias, que se opõem às legais e se concretizam a partir de um ato de vontade das partes envolvidas.

Retomando a classificação defendida por Mendes, Miranda e Cossio (2008), há, ainda, aquelas transferências que, em que pese recebam a alcunha de intergovernamental, não o são, pois ou representam recursos que visam auxiliar negócios privados em regiões menos desenvolvidas (como o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste – FNE¹) – é o caso das transferências ao setor produtivo – ou correspondem aos valores distribuídos diretamente à população de baixa renda, como as políticas assistenciais do governo, dentre elas, o Programa Bolsa Família¹ – em se tratando de transferências diretas a indivíduos.

¹⁶ Para resolver essa centralização de numerário nas mãos de um só ente é que ocorre a devolução de parte do valor correspondente ao tributo arrecadado para o ente subnacional em que se deu a operação que ensejou a tributação. É o caso, por exemplo, do ICMS e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR (MENDES; MIRANDA; COSSIO, 2008).

¹⁷ Determinados tributos, a exemplo do ICMS, tem como característica a não cumulatividade (art. 155, § 2º, I, CF/1988), que significa que o valor devido, a título de imposto em cada operação envolvendo determinada mercadoria ou prestação de serviços, será calculado descontando-se o montante cobrado nas etapas anteriores da cadeia (ALEXANDRE, 2021).

¹⁸ É o principal instrumento financeiro da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) para a Região e um dos pilares do Plano Regional de Desenvolvimento do Nordeste (PRDNE). Ele foi criado pela CF/1988 e regulamentado pela Lei nº 7.827/1989, para ser uma fonte estável de recursos para o financiamento das atividades produtivas da região Nordeste e do Norte dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, para estudantes abrangidos pelo Programa de Financiamento Estudantil e para pessoas físicas, mini e microgeradoras de energia fotovoltaica, em condições apropriadas para a promoção do desenvolvimento econômico e social (BANCO DO NORDESTE, 2021).

¹⁹ É um programa de transferência direta de renda, direcionado às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País, de modo que consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza (SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DO GOIÁS, 2019).

2.3. Da repartição de receitas:

Antes de adentrar na temática da repartição de receitas, importa pontuar que os entes federados podem se financiar, quanto à origem ou à coercitividade, por meio de receitas derivadas e originárias (CARNEIRO, 2020).

Correspondem as receitas derivadas os recursos arrecadados pelo ente público através do exercício do poder coercitivo estatal, que se manifesta, prioritariamente sob a forma dos tributos²⁰. Não há que se falar em ato voluntário do contribuinte para com o Poder Público. O Estado exerce sua força de exação, tendo como meios para a consecução a possibilidade de aplicação de multas – que também têm característica de receita derivada (ABRAHAM, 2018).

Diante do caráter público que possuem tais receitas, faz-se necessário salientar que, para a arrecadação das receitas derivadas, o ente público deve se submeter às regras contidas no Código Tributário Nacional e na CF/1988, sobretudo no tocante às limitações ao poder de tributar – que engloba não só os princípios, mas também as diversas espécies de imunidades.

As receitas originárias²¹, por sua vez, são aquelas que tem sua origem no patrimônio do próprio Estado – quando o ente explora algum bem ou renda que detém. Diferentemente das receitas derivadas, não existe aqui a coercibilidade, sendo, portanto, um ato volitivo do particular a transferência de recurso para o Poder Público, daí, o caráter de direito privado.

No tocante à repartição de receitas, é imperioso destacar que o constituinte originário fez questão de consignar na Carta Magna os dispositivos acerca do tema, reforçando, mais uma vez, o caráter federalista, mas também evitou-se deixar para posteridade decisão de tamanha magnitude, que, poderia não se concretizar, dado a complexidade envolvida²².

Nos apontamentos de Harada (2018), é preciso analisar a seção da repartição de receitas tributárias sob a ótica de três modalidades, a depender da participação do ente receptor do recurso e da forma como se dará a transferência do montante em questão.

Segundo o jurista, a primeira modalidade diz respeito àquela prevista nos arts. 157, I e 158, I da CF/1988²³, que tratam, respectivamente, do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) – cuja competência é da União –, que por expressa disposição constitucional, pertencem aos entes subnacionais.

A segunda modalidade corresponde àqueles impostos cuja arrecadação não pertence exclusivamente ao ente detentor da sua competência para instituir e cobrar, de modo que o resultado da sua arrecadação já é constitucionalmente destinado à repartição, como forma de devolver parte do valor aos entes que contribuíram para a formação da receita.

Tais repartições, na CF/1988, têm previsão nos arts. 157, II¹, 158, II¹, III¹ e IV¹. Outrossim, o art. 159 também faz menção à parcela da arrecadação da CIDE-Combustíveis⁵, cuja competência para instituir e cobrar pertence à União, que repassa parte do montante aos Estados e Distrito Federal, que por sua vez, transferem parcela aos Municípios, conforme a Imagem 1 abaixo:



Imagem 1: Distribuição dos recursos da CIDE-combustível conforme CF/1988, art. 159, III, c/c § 4º.

²⁰ Impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.

²¹ Para exemplificar as receitas originárias, pode-se destacar aquelas provenientes da exploração do patrimônio do Estado através da concessão de vias públicas, aeroportos, mercados ou mesmo pelo contrato de aluguel avençado entre o Poder Municipal e um particular, por exemplo, que deseja em um determinado imóvel daquela municipalidade exercer uma atividade mercantil. O contrato realizado pelas partes é redigido essencialmente pelo Código Civil, não cabendo ao Direito Tributário exigir a aplicação de seus princípios nesta relação jurídica.

²² Há, na CF/1988, seção específica que trata da repartição das receitas tributárias (art. 157 a 162), em que constam quais tributos arrecadados pelos entes superiores devem ser divididos com os subnacionais, e em qual montante serão considerados para essa repartição.

²³ Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

²⁴ Imposto de competência residual, de cujo montante, 20% pertence aos Estados e DF.

²⁵ ITR, de cujo montante, 50% será entregue aos Municípios, caso não optem por fiscalizar e cobrá-lo, caso contrário, terão direito a 100%.

²⁶ IPVA, cujo montante pertence em 50% aos Municípios.

²⁷ ICMS, cujo montante deverá pertencer aos Municípios na proporção de 25% das operações realizadas nos seus territórios.

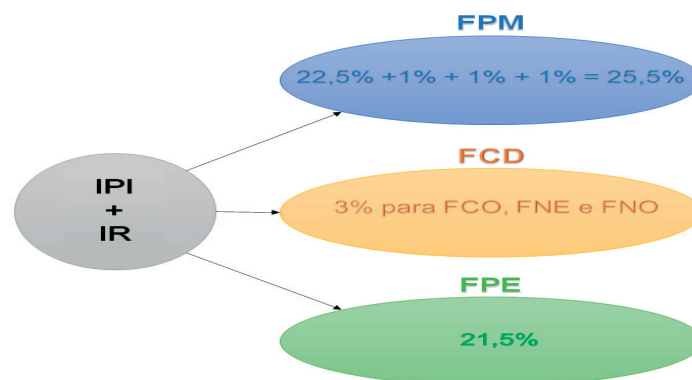
²⁸ “A Lei nº 10.336/2001 instituiu a Contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (Cide), a que se referem o arts. 149 e 177 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001” (ABRAHAM, p. 394. 2018)

²⁹ Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal – FPE, Fundo de Participação dos Municípios – FPM e os Fundos Constitucionais de Desenvolvimento – FCD, criados pela Lei Federal nº. 7.827, de 27 de setembro de 1989, quais sejam o Fundo Constitucional do Centro-Oeste – FCO, o Fundo Constitucional do Nordeste – FNE e o Fundo Constitucional do Norte – FNO.

Ainda conforme Harada (2018), a terceira modalidade tem previsão no art. 159, CF/1988 e compreende as transferências feitas de maneira indireta, uma vez que se concretizam por meio de fundos constitucionais²⁹, que são compostos por percentuais de determinados impostos arrecadados pela União, quais sejam o Imposto de Renda – IR e IPI.

Nessa toada, é imperioso destacar, no que tange o FPM, que esta transferência de receita foi alvo, novamente, de alteração pelo Poder Constituinte Derivado, desta vez por meio da EC nº 112/2021, que passou a prever, além dos percentuais de 1% em dezembro (art. 159, I, d) e 1% em julho (art. 159, I, e) de cada exercício financeiro, mais 1% no mês de setembro de cada ano (art. 159, I, f). Logo, atualmente, esta terceira modalidade pode ser representada segundo a ilustração abaixo (Imagem 2), em que FPM é o Fundo de Participação dos Municípios, FPE o Fundo de Participação dos Estados e FCD os Fundos Constitucionais de Desenvolvimento do Centro-Oeste, do Nordeste e do Norte (FCO, FNE e FNO).

Imagem 2: Distribuição dos Fundos Constitucionais conforme CF/1988, art. 159, I.



Ressalta-se, portanto, o grau de significatividade desta receita para os entes subnacionais, em especial os municípios, que, dado às responsabilidades que carregam, precisam, periodicamente de revisão do percentual dos valores repassados, a fim de dar vazão às demandas e promover em alguma medida o desenvolvimento necessário à localidade.

3. REFLEXOS DAS DECISÕES NOS ENTES SUPERIORES SOBRE A REPARTIÇÃO DE RECEITAS

Em que pese a CF/1988 ter resguardado os entes subnacionais quanto às transferências intergovernamentais, que deverão seguir os parâmetros fixados na Carta Magna e em lei complementar³⁰, é incontestante também que cada ente federativo é competente para instituir e cobrar os seus próprios tributos, podendo, inclusive, tomar decisões de cunho econômico – sob o argumento de promover, por exemplo, incentivos à industrialização ou a determinado setor de serviços ou comércio – que tenham como consequência indireta (externalidade) impacto negativo sobre os valores que deveriam ser entregues aos entes inferiores.

A principal decisão que pode acarretar redução nas transferências intergovernamentais é a política de renúncia de receitas³¹, que não pode ser adotada de maneira indiscriminada, dado que, conforme aduz Harada (2018), as finanças públicas são regidas por diversos princípios, sendo um deles a responsabilidade na gestão fiscal, que pode ser percebido pela leitura do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF¹, entre outros dispositivos em legislações esparsas.

³⁰ Art. 161. Cabe à lei complementar:

I - definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

III - dispor sobre o acompanhamento, pelos beneficiários, do cálculo das quotas e da liberação das participações previstas nos arts. 157, 158 e 159.

Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.

³¹ Considera-se renúncia de receitas, segundo preceitua a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 14, § 1º, medidas como anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

Mas a discussão vai além da forma como a renúncia fiscal ocorre, afinal de contas, tendo ela obedecido ou não os ditames legais, o impacto deverá ser suportado pelo ente subnacional que teria direito a parcela do montante arrecadado sem a relativização da carga tributária, mas agora se vê com significativa restrição orçamentária, sem os recursos mínimos para fazer frente às suas atribuições (CONTI, 2016).

Tal problema, como se pode imaginar, numa federação como a brasileira – composta por 26 (vinte e seis) estados, 1 (um) Distrito Federal e mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) municípios (ESTUDOS SOCIAIS, 2020), das mais diversas realidades socioeconômicas – já foi enfrentado pela Suprema Corte, a qual, inclusive, elaborou a Súmula Vinculante n° 30³³, que, por não ter sido publicada, recebeu o apelido de “súmula vinculante fantasma” (CONTI, 2016).

A situação que enfrentaria a súmula, caso esta tivesse sido publicada, seria aquela em que uma Unidade Federativa, por meio de lei, resolve conceder qualquer daqueles benefícios fiscais previstos no art. 14, §1º da LRF –, respeitando as demais disposições acerca do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) –, de modo a resultar, invariavelmente, em redução na arrecadação, que, conseqüentemente irá provocar impacto negativo nos valores a título de cota-parte do ICMS devido aos municípios nas operações realizadas em seus territórios, à luz do que dispõe a CF/1988 em seu art. 158, IV.

Nesse sentido, importante julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF deve ser trazido à baila, que é o RE 572.762/2008 – Santa Catarina, que tem como escopo a insatisfação do município de Timbó (SC) com o benefício fiscal oriundo de um programa criado pelo estado – Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense – que, em linhas gerais, concedia o diferimento do pagamento do ICMS pelos contribuintes, provocando redução nos repasses da cota-parte aos municípios (BRASIL, 2008).

No citado RE, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso, entendeu que se fosse levado a cabo a aludida política fiscal, estaria sendo desconsiderada a CF/1988 e o seu federalismo cooperativo. Reforça ainda sua conclusão partindo do ponto de que a repartição de ICMS corresponde à segunda modalidade de transferências – das lições de Harada (2018) – e que, portanto, o produto arrecadado não pertence somente àquele ente cuja competência foi fixada pela Lei Maior.

³² Art. 11, Lei Complementar nº. 101/2000. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos.

³³ “É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios”

Outro caso importante a ser analisado nesta matéria é o RE 705.423/2016 – Sergipe, interposto pelo município de Itabi (SE) e cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Edson Fachin. No recurso, o ente subnacional questionava a redução dos valores repassados à municipalidade a título de FPM, em razão de incentivos fiscais concedidos pela União em relação ao IR e ao IPI.

O relator, ao fundamentar a negativa do pedido feito pela comuna, argumentou que a CF/1988, ao dispor sobre o poder de tributar dos entes federativos, incluiu no conceito de competência a capacidade de exigir, mas também a prerrogativa de isentar, sendo, ambas faces de uma mesma moeda, não restando, portanto, dúvida quanto à constitucionalidade dos incentivos ora questionados ou da redução das transferências de FPM³⁴ (BRASIL, 2016).

A partir da análise conjunta dos casos citados, pode-se levantar o questionamento acerca da incompatibilidade entre as decisões, suscitando uma possível incoerência na Suprema Corte. Hipótese esta que não se sustenta, dado que os casos guardam particularidades. O primeiro, trata de situação em que houve efetivamente a arrecadação pelos cofres públicos de Santa Catarina, o que ensejou, na visão do Ministro Ricardo Lewandowski, o conseqüente repasse à municipalidade. Já no caso do município sergipano, o que se analisa é a arrecadação em potencial, logo, se não há recurso efetivamente direcionado erário, não há que falar em percentual a ser dividido para compor o FPM (ROSENBLATT & LEÃO, 2018).

Para mais, recentemente chegou ao STF o RE 1.288.634 – Goiás, no qual os municípios do estado questionaram determinada política adotada pelo Executivo Estadual, que visando fomentar os negócios, concedeu créditos às companhias, por meio da agência de fomento estadual, e o valor foi liberado em forma de desconto no pagamento do ICMS. Diante disso, a municipalidade viu as transferências de cota-parte do referido imposto diminuírem e queriam que fosse adotado o mesmo entendimento que a Suprema Corte adotou quando do julgamento do RE 572762/SC (SANTOS, 2021).

Há, ainda, quem defenda que o Poder Constituinte Originário, ao abordar a seção própria da repartição de receitas estabeleceu, propositalmente, dado que na CF/1988 não existem palavras em vão, diferença sensível entre os montantes que são repartidos à luz dos arts. 157 e 158 daqueles que seguem o art. 159³⁵.

³⁴ Cumpre mencionar que foi inclusive reconhecida a repercussão geral da matéria, no Tema 653, que consagrou a tese de que “é constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao IPI por parte da União em relação ao Fundo de Participação dos Municípios e respectivas cotas devidas às municipalidades”.

³⁵ Para mais, é possível constatar que a CF/1988 é bem clara nas suas intenções e se faz ser entendida pela simples troca do verbo. Nos arts. 157 e 158, o constituinte aduz que “pertencem aos Estados e ao Distrito Federal” e “pertencem aos Municípios”, respectivamente. Logo, não há possibilidade de se repassar ao ente recebedor do recurso o ônus referente à renúncia de receita que incorrer. De outro modo, o art. 159, para expressar sua vontade, utiliza-se de outro verbo: “a União entregará”. Portanto, à vista disso, deve o ente subnacional suportar o peso do benefício fiscal proporcionado pelo ente que o instituir (REPARTIÇÃO... 2021).

4. ANÁLISE DA COMPOSIÇÃO DAS RECEITAS DO MUNICÍPIO DE TERESINA NO ANO DE 2019

De posse dos conceitos relativos ao Direito Tributário e Direito Financeiro, sem perder de vista, por óbvio, como a CF/1988 abordou a temática do federalismo fiscal, segue-se, agora, a demonstrar o quanto representa para o município de Teresina as transferências intergovernamentais recebidas. Para tanto, considerou-se o recorte temporal que abrange o exercício financeiro de 2019, pois quaisquer dos anos seguintes a esse poderiam estar enviesados, dado o cenário da pandemia do coronavírus (COVID-19).

Primeiramente, cumpre esclarecer que os valores aqui trazidos a título de receita correspondem ao que foi efetivamente arrecadado, não se discutindo neste trabalho montantes a título de previsão, que integram a Lei Orçamentária Anual, elaborada pelo Poder Executivo e votada na Câmara Municipal. Disto isso, a receita total que entrou nos cofres do município, em 2019, foi no valor de R\$ 3.239.440.406,08, cuja composição está abaixo discriminada na Tabela 1:

Tabela 1: Distribuição da receita arrecadada em 2019 por natureza econômica

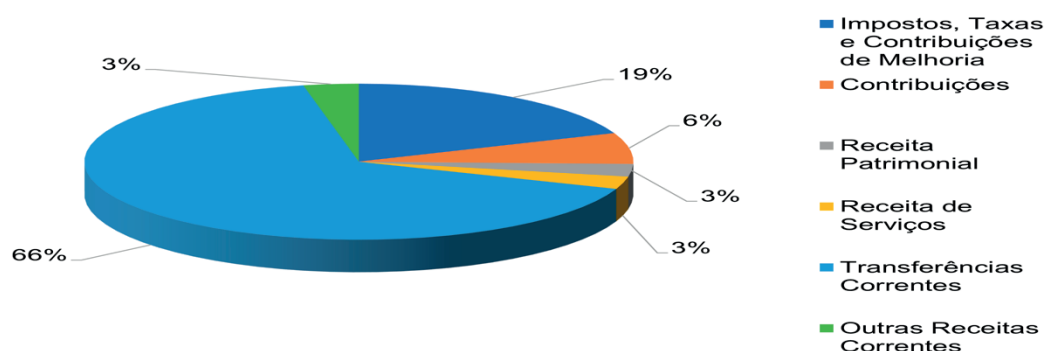
Descrição	Arrecadado	%
Receitas Correntes	3.081.539.557,11	95%
Receitas de Capital	178.195.259,50	6%
Receitas Correntes Intraorçamentárias	206.890.975,24	6%
Receitas arrecadadas em anos anteriores	- 227.185.385,77	-7%
Total	3.239.440.406,08	100%

Fonte: Portal da Transparência do Município de Teresina

Diante do quadro acima, observa-se que 95% da receita arrecadada no exercício é de natureza corrente. Leite (2015) aduz que receitas correntes são aquelas que “aumentam a disponibilidade financeira do Estado, no geral, sendo importante instrumento de financiamento dos objetivos definidos nos programas e ações voltados às políticas públicas”. Portanto, tais recursos são o mais importante para a estrutura de um ente federativo, dado que é por meio dos valores arrecadados nessa categoria que as demandas da população serão financiadas, dando vazão a uma gama de serviços. A partir da constatação trazida, de que a imensa maioria dos recursos são receitas correntes, iremos nos aprofundar nelas, sem desconsiderar a importância das receitas de capital³⁶.

Tomando como base a principal receita arrecadada em 2019, é preciso discriminá-la para entender melhor a sua composição, momento deveras importante para nossa análise. O Gráfico 1 visto em conjunto com a Tabela 2, trazidos abaixo nos permitem fazer algumas inferências:

Gráfico 1: Distribuição da Receita Corrente quanto à Origem no Ano de 2019 (valor arrecadado em R\$)



Fonte: Portal da Transparência do Município de Teresina

Tabela 2: Distribuição da receita corrente quanto à origem no ano de 2019 (valor arrecadado em R\$).

Descrição	Arrecadado	%
Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria	586.642.155,35	19%
Contribuições	197.874.670,32	6%
Receita Patrimonial	81.260.618,25	3%
Receita de Serviços	79.180.159,09	3%
Transferências Correntes	2.036.414.524,68	66%
Outras Receitas Correntes	100.167.429,42	3%
Total de Receitas Correntes	3.081.539.557,11	100%

Fonte: Portal da Transparência do Município de Teresina

De posse do Gráfico 1 e da Tabela 2, temos a visão exata do quanto Teresina é dependente das transferências correntes, já que 66% dos recursos que ingressaram nos cofres públicos em 2019 dizem respeito a esta origem, que, podem ser compreendidas como àquelas

Provenientes do recebimento de recursos financeiros de outras pessoas de direito público ou privado destinados a atender despesas de manutenção ou funcionamento que não impliquem contraprestação direta em bens e serviços a quem efetuou essa transferência. Por outro lado, a utilização dos recursos recebidos vincula-se à determinação constitucional ou legal, ou ao objeto pactuado. Tais transferências ocorrem entre entidades públicas de diferentes esferas ou entre entidades públicas e instituições privadas (SECRETARIA ESPECIAL DO TESOUREIRO ORÇAMENTO, 2021).

Portanto, no total de R\$ 2.036.414.524,68, referente às transferências correntes, estão aqueles valores repassados tanto de entes públicos - da União e do Estado do Piauí - quanto privados. A Tabela 3 abaixo nos ajudará a compreender a configuração:

Tabela 3: Composição das transferências correntes no ano de 2019 (valor arrecadado em R\$)

Descrição	Arrecadado	%
Transferências da União e de suas Entidades	1.181.731.560,90	58,03%
Transferências dos Estados e do Distrito Federal e de suas Entidades	594.194.196,28	29,18%
Transferências de Instituições Privadas	2.810.825,22	0,14%
Transferências de Outras Instituições Públicas	257.273.893,31	12,63%
Transferências de Pessoas Físicas	404.048,97	0,02%
Total das Transferências Correntes	2.036.414.524,68	100%

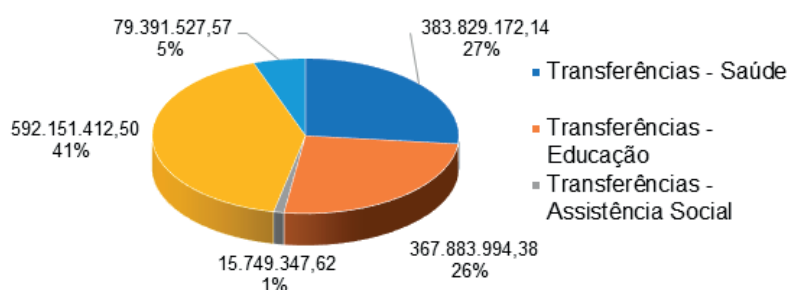
Fonte: Portal da Transparência do Município de Teresina

Como era de se esperar, as transferências correntes cuja origem seja a União e o Estado do Piauí, são predominantes, correspondendo, para o caso em análise, o total de 87,21%. O que reforça, mais uma vez, a ideia de que Teresina é fortemente dependente desses repasses, sem os quais, boa parte das políticas públicas nas áreas de saúde, educação e assistência social – as três juntas foram responsáveis por uma despesa empenhada total de R\$ 1.741.575.757,11³⁷ – restariam prejudicadas.

³⁷ O valor empenhado total em 2019 foi de R\$ 3.233.409.194,20, logo, o montante destas 3 (três) áreas correspondeu a aproximadamente 54% da despesa total para o exercício. (PREFEITURA MUNICIPAL DE TERESINA, 2019)

Seguindo a exposição quantitativa, é importante apontar quais receitas integram os dois maiores grupos de transferências citados acima, como forma de verificarmos a aplicação prática dos conceitos trazidos na primeira parte deste artigo, que abordou a repartição de receitas. Para tanto, abaixo constam duas representações – Gráfico 2 (Transferências da União e de suas Entidades) e Gráfico 3 (Transferências dos Estados e do Distrito Federal e de suas Entidades) – que irão nos dar uma melhor noção:

Gráfico 2: Transferências da União e de suas Entidades



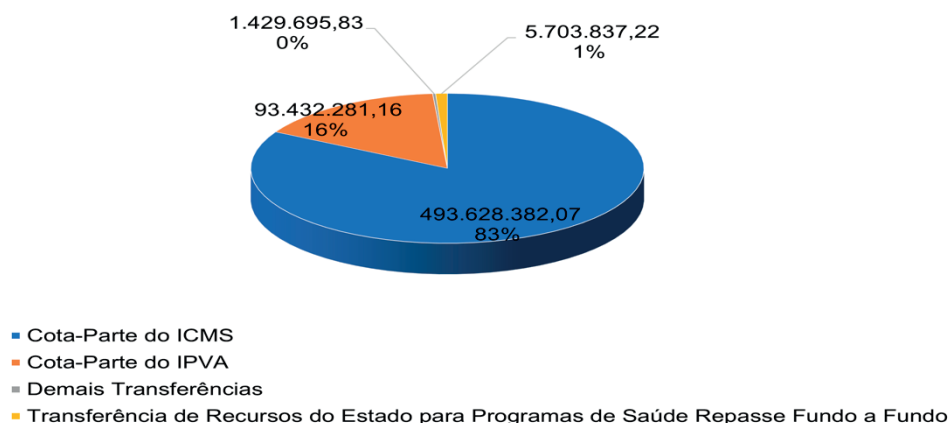
Fonte: Portal da Transparência do Município de Teresina

Para efeito de análise, consolidou-se os números da forma exposta, concentrando as transferências recebidas por grandes áreas, como aquelas que são destinadas para saúde, educação e assistência social, que, para o ano de 2019, somaram R\$ 767.462.514,14 ou, em termos percentuais, 54% dos repasses advindos do Governo Federal.

Com relação às “Demais Transferências da União”, optou-se por incluir aqui valores que individualmente não teriam representatividade para o gráfico: cota-parte de ITR; Cota-parte da Compensação Financeira de Recursos Minerais – CFEM; Cota-Parte do Fundo Especial do Petróleo – FEP; Outras Transferências da União em geral; Transferências provenientes de Convênios celebrados; e as Transferências advindas de Emendas Parlamentares Individuais.

Outra grande receita apresentada é a referente ao FPM (41%), que, conforme já mencionado, passou por uma alteração legal e será ainda mais relevante aos municípios na condução da administração e na redução das desigualdades regionais que ora se apresentam.

Gráfico 3: Transferências dos Estados e do Distrito Federal e de suas Entidades



Fonte: Portal da Transparência do Município de Teresina

Com relação ao Gráfico 3, primeiro cabe esclarecer que por “Demais Transferências” deve-se considerar os valores a título de Cota-parte do IPI-Municípios (CF/1988, art. 159, § 3º) da Cota-Parte da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CF/1988, art. 159, § 4º) e de Outras Transferências de Convênio dos Estados, que são valores transferidos de modo voluntário, mediante celebração de instrumento de convênio.

Outra observação pertinente é o montante que cabe à Teresina na participação do ICMS arrecadado pelo Estado do Piauí. Tendo sido feito o cálculo conforme os parâmetros legais definidos, no ano de 2019, mais de 490 milhões retornaram à municipalidade, por meio desta transferência. O que é capaz de arcar com inúmeras despesas, sejam correntes ou de capital, sobretudo os investimentos, que, numa economia aquecida, revertem-se em melhores índices de emprego e renda.

CONCLUSÃO

Partindo dos conceitos aqui expostos, observa-se que a compreensão do que vem a ser o federalismo fiscal vai muito além do estudo do Direito Tributário – área do estudo jurídico que se mostra cada vez mais importante e necessária à compreensão dos fatos do cotidiano –, obrigando aquele que deseja se aprofundar no assunto uma real imersão por conceitos próprios do Direito Financeiro, seja com relação ao disposto na CF/1988, seja nas legislações esparsas e importantes julgados, como os aqui trazidos.

Ainda sobre o federalismo fiscal e suas características, constatou-se que, no Brasil, predomina o formato cooperativista, marcado fortemente pelos mecanismos de transferências intergovernamentais, a exemplo dos aqui apresentados, que visam dotar os entes subnacionais de autonomia financeira para fazer frente às inúmeras atribuições que o constituinte originário determinou. *Pari passu*, definiu-se também quais os tributos poderão ser exigidos por cada esfera federativa, como forma de, por meio deles, executar suas políticas públicas e dar vazão às demandas da população.

Todavia, especial atenção deve-se ter quanto à análise do pacto federativo no âmbito dos municípios brasileiros. Isto porque em que pese a competência tributária a eles atribuída, são estes entes também os mais cobrados pela população no tocante aos serviços públicos, sobretudo aqueles na área da saúde, educação e assistência social. A base tributária, por ser diminuta, não permite arcar com todos os gastos efetuados, o que torna ainda mais importante as transferências intergovernamentais.

Para ilustrar o quão significativo é o federalismo fiscal e o instrumento das transferências intergovernamentais para os municípios brasileiros, foram apresentadas tabelas e gráficos referentes ao município de Teresina/PI. A partir da análise detida dos dados, conclui-se, portanto, que sem a presença dos recursos transferidos a título de FPM (oriundos da União) e da cota-parte do ICMS (oriundos do Estado do Piauí), a execução de importantes serviços estaria comprometida.

Diante disso, apesar da proteção do federalismo fiscal já garantida por cláusula pétrea, é preciso cada vez mais que não se perca de vista o objetivo final do mecanismo de transferências intergovernamentais – cujo repasse de numerários é somente o meio para viabilizá-lo –, qual seja a redução das desigualdades entre os entes federativos.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 451 p.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 928 p.

ARRETCHE, Marta. Quem taxa e quem gasta: a barganha federativa na Federação Brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, set. 2005. ISSN 1678-9873. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3717>. Acesso em: 18 out. 2021.

BAIÃO, Alexandre Lima; CUNHA, Armando Santos Moreira da; SOUZA, Flávio Sergio Rezende Nunes de. Papel das transferências intergovernamentais na equalização fiscal dos municípios brasileiros. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 68, n. 3, p. 583-609, 29 set. 2017. Trimestral. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/157>. Acesso em: 14 out. 2021.

BANCO DO NORDESTE. **FNE**. 2021. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/fne>. Acesso em: 14 out. 2021

BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 53, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Brasília, 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Brasília, 4 mai. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989**. Brasília, 27 set. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7827compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.288.634, GO. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 30 de setembro de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 out. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001505>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 572762, SC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 18 de junho de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 set. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2579935>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 705423, SE. Relator: Edson Fachin. Brasília, 23 de novembro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 05 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4284492>. Acesso em: 11 nov. 2021.

- CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 824 p.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1249 p.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 827 p.
- CONTI, José Mauricio. **Benefício fiscais, partilha de receitas e a “súmula-fantasma” do STF**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-13/beneficios-fiscais-partilha-receitas-sumula-fantasma-stf>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- CONTI, José Mauricio. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. **Federalismo Fiscal: questões contemporâneas**. São José: Conceito Editorial, 2010. p. 15-34.
- ESTATÍSTICAS SOCIAIS (ed.). **IBGE divulga estimativa da população dos municípios para 2020**. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28668-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2020>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- GODOY, Denyse. **Governo reduz IPI de eletrodomésticos**. 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1804200902.htm>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 260 p.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 968 p.
- HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da Federação brasileira. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 83, p. 209-225, jul. 1996. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista9/revista9%20%20RAUL%20MACHADO%20HORTA%20-%20Tend%C3%A2ncias%20atuais%20da%20Federa%C3%A7%C3%A3o%20brasileira.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.
- JORNADAS INTERNACIONALES DE FINANZAS PÚBLICAS, 41., 2008, Córdoba. **Federalismo e recentralização fiscal-financeira no Brasil**. Córdoba: Facultad de Ciências Econômicas, 2008. Disponível em: http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.
- LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 498 p.
- MARKONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas., 2003. 311 p.
- MENDES, M.; MIRANDA, R.B.; COSSIO, F. **Transferências intergovernamentais no Brasil: diagnóstico e proposta de reforma**. Texto para Discussão 40. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, abr. 2008.
- MENDES, Marcos. O federalismo do avesso. In: SALTO, Felipe Scudeler; PELLEGRINI, Josué Alfredo (org.). **Contas Públicas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2020. Cap. 4. p. 109-130. (IDP - Linha Administração e Políticas Públicas).
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é a Covid-19?**: Saiba quais são as características gerais da doença causada pelo novo coronavírus, a Covid-19. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel Coronavírus**. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forenses, 2018. 275 p.

PRADO, Sérgio. **Transferências intergovernamentais na federação brasileira**: avaliação e alternativas de reforma. Brasília: FGV, 2006. 87 p. Disponível em: http://www.forumfed.org/libdocs/2009/FFBS_Transferencias_Intergovernamentais_Brasil.pdf. Acesso em: 03 out. 2021

PREFEITURA MUNICIPAL DE TERESINA. **Portal da Transparência**. 2019. Disponível em: <http://transparencia.teresina.pi.gov.br/receitas>. Acesso em: 30 out. 2021.

REPARTIÇÃO DE RECEITAS E BENEFÍCIOS FISCAIS. Realização de Professor Gabriel Quintanilha. Rio de Janeiro: Youtube, 2021. Son., color. **Tributologia**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MY8wRdv-3D7I>. Acesso em: 07 nov. 2021.

ROSENBLATT, Paulo; LEÃO, Caio de Souza. A crise do federalismo brasileiro e as consequências para os municípios dos incentivos fiscais em tributos partilhados: a (im)possibilidade de uma solução judicial. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2487-2510, 3 dez. 2018. Trimestral. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2018.33713>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1964>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SANTOS, Gilmar. **STF vai definir se Estados podem reduzir repasses do ICMS a municípios**: Prefeituras alegam que não podem ter cotas afetadas por incentivo fiscal concedido pelo Estado de Goiás. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/10/30/stf-vai-definir-se-estados-podem-reduzir-repasses-do-icms-a-municipios.ghtml>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO ESTADO DO GOIÁS. **Bolsa Família**: combate à pobreza e à desigualdade no Brasil. Combate à pobreza e à desigualdade no Brasil. 2019. Disponível em: <https://www.social.go.gov.br/aceso-a-informacao/19-a%C3%A7%C3%B5es/23-programa-bolsa-fam%C3%ADlia.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

SECRETARIA ESPECIAL DO TESOURO ORÇAMENTO. **Manual Técnico do Orçamento**. Brasília: Ministério da Economia, 2021. 279 p. Disponível em: <https://www1.siop.planejamento.gov.br/mto/lib/exe/fetch.php/mto2021:mto2021-versao18.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

VELLOSO, C. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 187, p. 1-36, 1992. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44969>. Acesso em: 03 nov. 2021.

A TOMADA DE DECISÃO PARA NEGOCIAÇÃO DOS PAPÉIS DO ITAÚ UNIBANCO (ITUB4) SOB A PERSPECTIVA DAS MÉDIAS MÓVEIS DE 2011 A 2020.

IAN MOREIRA MAGALHÃES SOUSA

Resumo

Tendo em vista o aumento do número de investidores, pesquisa-se sobre a tomada de decisão de quando posicionar-se na ação ITUB4 baseando-se na utilização das médias móveis, a fim de verificar a eficácia desse indicador no auxílio processo decisório. Para tanto, é necessário apresentar algumas funcionalidades básicas da análise técnica, demonstrar padrões gráficos e descrever a estratégia utilizada. Realiza-se, então, uma pesquisa descritiva-exploratória de caráter quantitativo. Diante disso, verifica-se que as médias móveis possuem importância na maior assertividade das operações e que os rendimentos apresentados pelas operações foram superiores ao IBOV no mesmo período, o que impõe a constatação de que a utilização desse indicador pode auxiliar o investidor no momento de comprar ou vender uma ação.

Palavras-chaves: Mercado financeiro. Médias Móveis. Indicadores. Análise Técnica. Análise Gráfica.

Introdução

Mercado financeiro pode ser entendido como o agente responsável por armazenar e maximizar os investimentos de acordo com os elementos econômicos por meio de atividades monetárias que englobam determinados capitais e ações cambiais. (CARVALHO, 2002).

São representados pelo mercado financeiro, o mercado monetário e o de capitais. O qual o mercado monetário é composto por ativos de curto prazo, com alto nível de liquidez. Já o mercado de capitais se desenvolve com instrumentos de longo prazo (títulos, financiamentos etc.), ou de prazo indeterminado (ações). (ASSAF, 2015, p. 65). Onde, existem duas formas de se ofertarem ações de uma empresa de capital aberto no mercado financeiro. A primeira maneira é pelo mercado primário, que consiste em o investidor adquirir novas ações emitidas pela empresa, a segunda é pelo mercado secundário que prevê as negociações de compra e venda de ações já emitidas. (ASSAF, 2015).

A evolução do mercado acionário brasileiro é evidente, visto o grande aumento de investidores. Sendo a maior intermediadora de valores mobiliários do país a BM&fBovespa, líder da América Latina e entre as vinte maiores bolsas do ranking mundial. A qual é responsável por disponibilizar condições e fatores necessários para a aquisição de títulos de forma segura e justa, desempenhando função de reguladora dos valores cobrados por cada elemento negociado, podendo ser considerada um instrumento que atua na antecipação das futuras condições ambientais da economia (LEITE; SANVICENTE, 1991).

No que tange aos investimentos financeiros, segundo Assaf (2015) existem dois tipos de análises: técnica e fundamentalista. Onde a análise técnica, também conhecida por análise gráfica, dedica-se a estabelecer projeções sobre o comportamento das ações a partir de padrões observados no desempenho passado do mercado. Já a análise fundamentalista considera a análise das variáveis internas e externas à empresa, as quais exerceram influências sobre seu desempenho e, em consequência, sobre o valor intrínseco de suas ações.

Com base na análise técnica, podemos fazer a interpretação da ação do mercado visando antecipar os movimentos futuros dos preços (LEMOS, 2018). Utilizase de indicadores gráficos para aumentar a assertividade nas predições dos melhores pontos de entrada e saída das operações, entre eles estão as médias que são bastante usadas para a suavização dos ruídos das flutuações dos preços durante a compra e venda de ações e a identificação de tendências. (MATSURA, 2007).

Justifica-se o presente trabalho em função do avanço do número de investidores em ações de aproximadamente 0,5 milhões em 2011 para 1,7 milhões em 2020 e, com isso, uma redução do saldo mediano em conta dos novos entrantes de 12 mil para 6 mil reais, constata-se uma maior participação de pequenos investidores. Nesse cenário, houve também o crescimento de jovens na bolsa, que passou de 19% em 2011 para 49% em 2020, passando assim a ter um número significativo de pessoas entre 18 e 24 anos³⁸. Observando a popularização dos investimentos em renda variável nos últimos anos, aliado a inexperiência de novos entrantes, é relevante para estudiosos e investidores um trabalho que verifica a eficácia do uso das médias móveis como indicador da análise técnica.

Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo geral verificar se a análise técnica com a utilização das médias móveis como indicador podem auxiliar a pessoa física na tomada de decisão antes de comprar ou vender a ação da instituição financeira com maior participação no índice Bovespa, cerca de 10,502%², Itaú Unibanco (ITUB4). E como objetivos específicos visa apresentar funcionalidades básicas dessa análise, bem como apresentar os padrões gráficos que serão utilizados nas observações e seus históricos de resultados, além de descrever a estratégia adotada, detalhando-a e fazendo uma comparação do desempenho da ação com o IBOV.

Disponível em: https://www.b3.com.br/data/files/E6/75/BC/90/36ECA71068C61CA7AC094EA8/Estudo_PFinal%20_mai.20_.pdf. Acesso em: 17, maio, 2022.² Disponível em: <https://www.onze.com.br/blog/acoesibovespa/#:~:text=O%20investimento%20nas%20a%C3%A7%C3%B5es%20do,a%C3%A7%C3%B5es%20que%20integra%20o%20%C3%ADndice>. Acesso em: 05, jun. 2022.

Metodologia

O presente trabalho caracteriza-se como um estudo descritivo-exploratório de caráter quantitativo, utilizando-se de procedimentos bibliográficos, documentais e estudos de caso, devido a estes métodos de pesquisa serem bastante utilizados nas Ciências Sociais, dentre as quais classifica-se a Economia. Segundo Fonseca (2002), a pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, onde para Gil (2007) os exemplos mais característicos desse tipo de pesquisa são acerca de investigações sobre ideologias ou aquelas que se propõem à análise das diversas posições acerca de uma temática.

Neste trabalho, a pesquisa bibliográfica será utilizada para entender de forma mais abrangente o conteúdo da aplicação de médias móveis. Assim, será possível compreender o uso dessa análise no mercado financeiro.

Segundo Fonseca (2002) a pesquisa documental recorre a fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, entre outras. Assim, neste trabalho essa terá utilidade na captação de dados sobre o uso das médias móveis na tomada de decisão sobre o ponto de entrada e saída das operações, norteando o estudo da ação do mercado, com o objetivo de prever as futuras movimentações de preço.

Já o Estudo de caso, deste trabalho busca desvendar através da análise técnica, utilizando-se das médias móveis, o melhor momento de comprar ou vender a ação do Itaú Unibanco (ITUB4). Fazendo uma comparação analítica dos resultados das operações no mesmo período com o IBOV.

Análise Técnica

Os primórdios da análise técnica deram-se por volta de 1700, quando algumas famílias japonesas começaram a formular o preço do que hoje denominamos “Contratos Futuros de Arroz”. Essas famílias passaram a acompanhar o comportamento do preço do arroz e formular tendências. Esse método é conhecido como Candlestick (PINHEIRO 2019). No século XX, Charles Dow juntamente com Edward D. Jones publicou um informativo com suas observações sobre o comportamento do mercado. Suas publicações foram reunidas gerando o início da análise técnica, a teoria de Dow. O local onde eram feitas as publicações posteriormente se tornou o “The Wall Street Journal 3” (PINHEIRO, 2007, p. 317).

Análise técnica é o estudo das informações internas das bolsas de valores. A palavra técnica implica num estudo do mercado por si só e não dos fatores externos que estão refletidos no mercado. Assim, todos os fatores que estão refletidos no mercado, sejam quais forem, podem ser reduzidos ao volume de transações e nível de preços dos ativos, ou ainda mais geral, à soma das informações estatísticas produzidas pelos mercados (SHARPE, GORDON e JEFFERY, 1995).

Como já citado, um tema precursor de toda a Análise Técnica moderna é a Teoria de Dow, que leva o nome de seu idealizador, Charles Henry Dow. A teoria se baseava nos índices Dow Jones Industrial e Dow Jones Transportation (no início do século XX), mas hoje é aplicada a qualquer índice ou ação e é conhecida por ter mostrado ao mundo, e ser até hoje, a base da análise técnica. (MARTINS,2020).

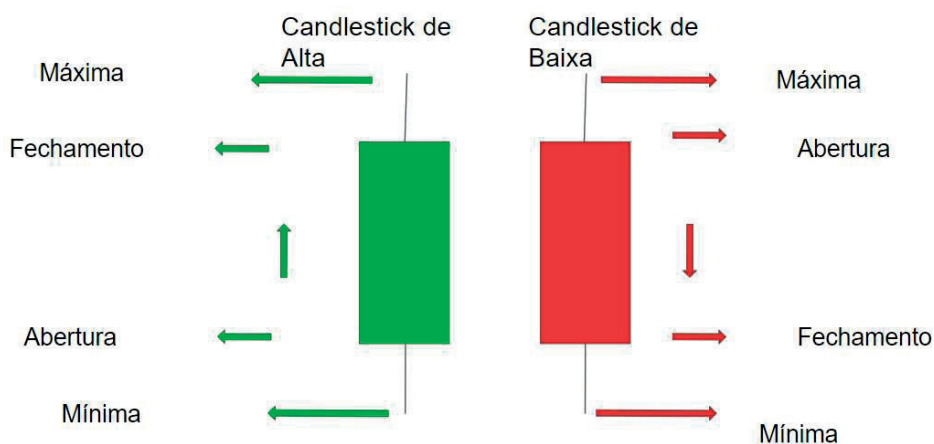
Para Matsura (2007), a teoria se resume em três principais afirmações. Primeiramente, a que os preços dos ativos retratam tudo, toda expectativa dos investidores, economia e empresas sendo positiva ou negativa, eventos, notícias, fundamentos, elementos psicológicos, políticos e etc., são refletidos e descontados pelos preços das ações, podendo prever grande parte das situações. A segunda premissa é que a movimentação dos preços segue uma tendência, acontecendo por determinado tempo até ser revertida, ao ser identificada possibilita determinar a operação em sua conformidade, para confirmar o comportamento do preço propõe a interligação com o volume de negociação, sendo elas: primárias, secundária e terciárias. O último princípio de Dow conclui que a história sempre volta a se repetir, para entender as tendências futuras recomenda-se o histórico passado de movimentação do preço, seguindo padrões recorrentes que são detectados nos gráficos, facilitando assim a previsão do mercado, o que fundamenta a existência da análise técnica.

A escola gráfica utiliza como ferramenta gráficos para determinar os melhores momentos e preços para comprar e vender os ativos (MURPHY,2021). Além disso, adota também teorias sobre como os movimentos acontecem no mercado. Baseando-se na tese de que os preços das negociações futuras são fortemente dependentes dos preços das negociações anteriores, é possível, então, prever tendências de preços, valendo-se da observação dos movimentos passados, ou seja, seu principal intuito de exame para as predições futuras é o comportamento histórico de preços.

A representação gráfica dessa análise leva o nome de gráfico de velas ou candlestick, pois utiliza-se de candles que representam o preço através de uma vela e duas sombras. Esses utilizam quatro dados básicos: preços de abertura, máxima, mínima e fechamento. A área entre o preço de abertura e o preço de fechamento é interligada, criando um corpo, ou uma vela. E os dados demonstrados pela máxima e pela mínima do candlestick, acima e abaixo do corpo, são chamados de sombra.

(LEMOS, 2019).

Figura 1: Representação dos Candlestick



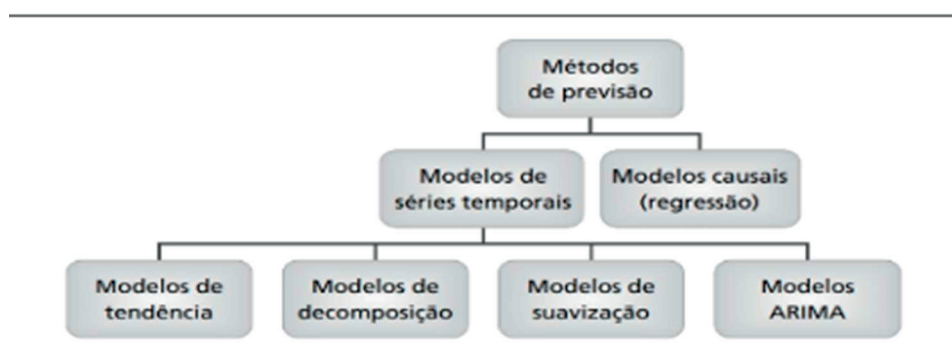
Fonte 1: Elaboração própria.

Para entender o comportamento gráfico ao longo do tempo, é necessário definir alguns conceitos. O primeiro conceito a ser explicitado refere-se à tendência de alta, que se traduz como um padrão no qual o ponto mais alto da maioria das altas fica acima do da máxima anterior e o ponto mais baixo da maioria das baixas fica sobre do da baixa anterior (ELDER, 2006, p.88). Elder (2006, p.88) cita o conceito de tendência de baixa que, em linhas gerais corresponde a um padrão no qual o ponto mais alto da maioria das altas fica abaixo do da alta anterior e o ponto mais baixo da maioria das baixas fica inferior ao da mínima anterior.

Séries Temporais

Haja vista esses comportamentos gráficos dentro dos métodos de previsão, temos que Doane e Seward (2014) resumem as principais categorias de modelos como estão representados na tabela 1.

Tabela 1: Categorias de modelos de previsão



Fonte 2: DAVID P. DOANE; LORI E. SEWARD (2014, p.615)

Segundo Sharpe et al. (2011) sempre que tivermos dados registrados sequencialmente ao longo de um período e considerarmos o tempo um aspecto importante dos dados, temos uma série temporal. Nesse aspecto, temos que alguns métodos descrevem o padrão geral da série e preveem que ele irá continuar, por algum tempo. Identificando estruturas de tendências e possuindo como principal objetivo a previsão de valores futuros.

Dentro dessas séries temporais, quando os dados são coletados e apresentados em um gráfico, esses podem apresentar curvatura ascendente, descendente ou estacionária, representando a direção da tendência principal. Desse modo, Doane e Seward (2014) apresentam três modelos de tendência.

$yt = a + bt$ para $t = 1, 2, \dots, n$ (tendência linear) $yt = ae^{bt}$ para $t = 1, 2, \dots, n$ (tendência exponencial) $yt = a + bt + ct^2$ para $t = 1, 2, \dots, n$ (tendência quadrática) Tabela 2: Comparação de três modelos de tendência

Modelo	Prós	Contras
Linear	<ol style="list-style-type: none"> 1. Simples, familiar a todos. 2. Pode ser suficiente para dados a curto prazo. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Assume coeficiente angular constante. 2. Não pode captar mudanças não lineares.
Exponencial	<ol style="list-style-type: none"> 1. Familiar aos analistas financeiros. 2. Mostra taxa de crescimento percentual composta. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Alguns gerentes não estão familiarizados com e^x. 2. Valores dos dados devem ser positivos.
Quadrático	<ol style="list-style-type: none"> 1. Útil para dados com cotovelo. 2. Útil para testes de não linearidade 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Complexo e sem interpretação intuitiva. 2. Pode fornecer previsões não confiáveis se extrapolado muito à frente.

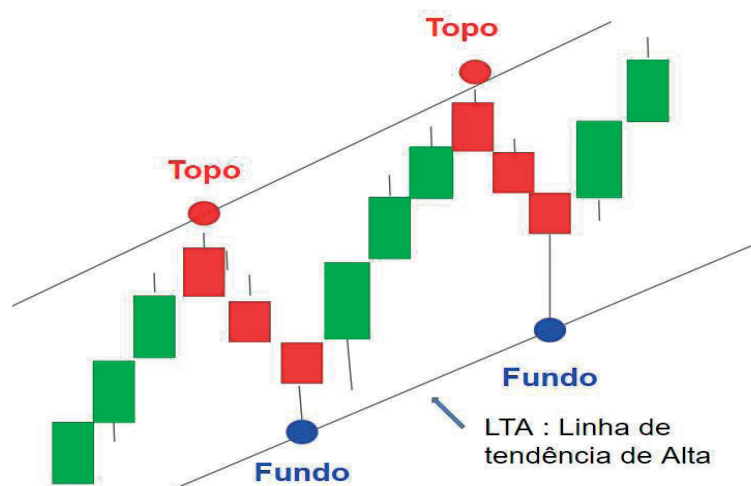
Fonte 3: DAVID P. DOANE e LORI E. SEWARD (2014, p.624)

Tendência

Para Lemos (2019), a tendência dos preços é a direção para qual o mercado está se movendo. O principal interesse do investidor que utiliza a análise técnica é identificar uma tendência em seu estágio inicial e tirar proveito dela para obter lucro. Em outras palavras, comprar barato e vender caro. Em continuidade o autor afirma que essa tendência possui três direções: para cima, para baixo e para o lado, esta última é também chamada de zona de congestão de preços.

Quando um ativo se encontra em tendência em alta, identifica-se que os topos e os fundos se tornam ascendentes, sendo estes elementos atuais sempre maiores do que os topos e fundos dos períodos anteriores, conforme demonstrado na Figura 2 (MURPHY, 2021). Majoritariamente, quando identificada uma tendência definida de alta, os compradores tornam-se eufóricos e buscam as melhores oportunidades para se posicionar no mercado.

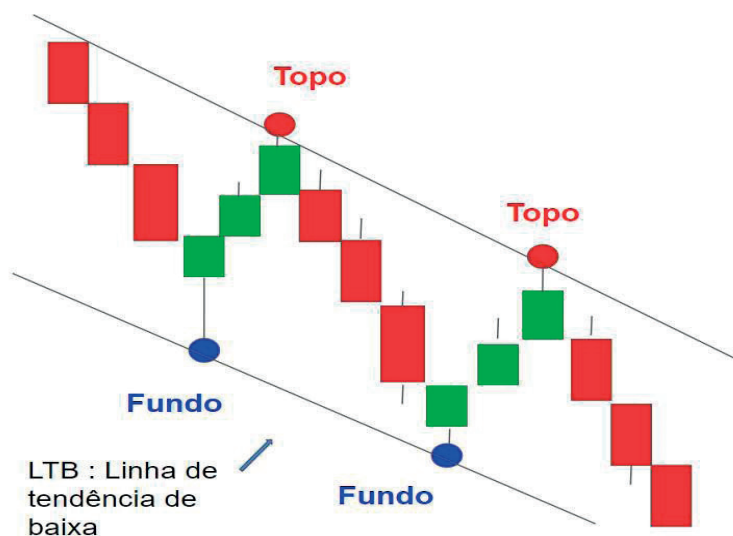
Figura 2: Representação da Tendência de Alta



Fonte 4: Elaboração própria.

Já quando uma ação se encontra em tendência de baixa, os topos e fundos se formam de maneira descendente, onde os que estão se formando estão sempre menores que os anteriores, apresentando uma tendência principal de baixa, conforme a Figura 3. Cabe enfatizar que quando isto acontecer, não quer dizer que o investidor deve optar por venda, mas exige-se uma análise da necessidade de capital e de oportunidades, uma vez que com a baixa de preço dos ativos, há a possibilidade de as empresas disponibilizarem ações com preços mais baratos comparados com o histórico recente, o que acaba por contribuir com a entrada de novos capitais (BRUM, 2006).

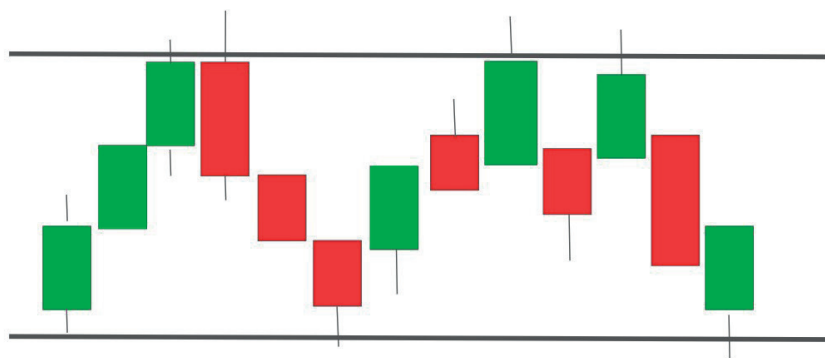
Figura 3: Representação da Tendência de Baixa



Fonte 5: Elaboração Própria.

E quando a ação se encontra em congestão de preços, o mercado parece enganar a todos, pois os novos topos e fundos para mais ou menos no mesmo nível. Ou seja, os preços oscilam para cima e para baixo em uma zona de lateralização, com uma banda superior e uma inferior.

Figura 4: Representação da Zona de Lateralização



Fonte 6: Elaboração Própria

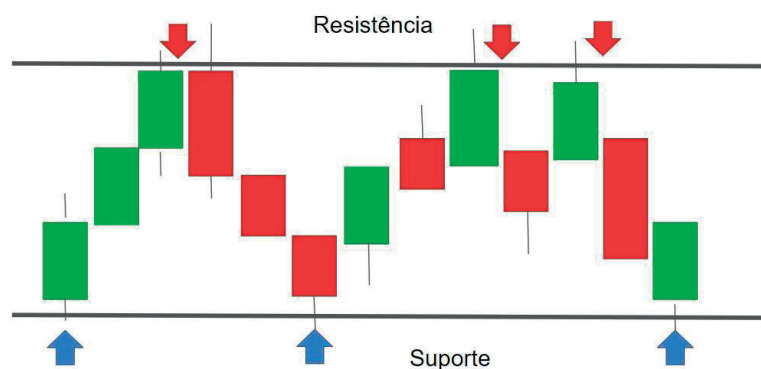
Suporte e Resistência

Para utilização eficiente das médias móveis, é importante entender o conceito de suporte e resistência. Segundo Lemos (2018), ao definirmos tendência, fala-se da direção dos topos e dos fundos dos preços. Nessa etapa, define-se o que são e o que esses representam para o analista técnico.

Elder (2006, p.88) explica que, o suporte pode ser definido como "uma linha horizontal ligando dois ou mais fundos adjacentes". Com frequência, pode-se traçar uma linha paralela acima, ao longo dos topos, marcando uma faixa de negociação que representa níveis de preço abaixo do preço de mercado, em que a força compradora é suficientemente forte para interromper ou reverter uma tendência de baixa, conforme demonstra-se na Figura 5.

Já a resistência representa níveis de preço acima do preço de mercado, em que a força vendedora é suficientemente forte para interromper ou reverter uma tendência de alta. Também é dita por Elder (2006, p.88) como "uma linha horizontal ligando dois ou mais topos adjacentes". Com frequência, pode-se traçar uma linha paralela abaixo, ao longo dos fundos, marcando uma faixa de negociação.

Figura 5: Representação do Suporte e da Resistência



Fonte 7: Elaboração própria.

Médias Móveis

De acordo com Appel (2005), as médias móveis são utilizadas para suavizar os ruídos das flutuações dos preços, de maneira que seja clara a identificação das tendências. Dessa forma, o valor dessas depende de dois fatores: os valores cuja média está sendo calculada e a amplitude do intervalo temporal desejado.

As médias móveis (MM) estão entre as ferramentas mais antigas, mais simples e mais úteis para os operadores. Ajudam a identificar tendências e a descobrir áreas para iniciar operações. Nós as plotamos como linhas num gráfico de preços, em que cada um dos pontos reflete a mais recente média de preços (ELDER, 2006, p.103).

Conforme Piazza (2010), as médias móveis são rastreadores ou seguidores de tendência, e nos ajudam a identificar o real sentido da tendência do momento, que pode aparecer disfarçadas nos gráficos devido ao constante movimento de alta e baixa dos mercados. Murphy (1999) relatou que esse método é um dos instrumentos mais conhecidos e versáteis dentre os indicadores técnicos, por ser empregado em diversos formatos de forma prática e de fácil utilização. Ainda sobre o mesmo Guarnieri (2006), apresentou que esse é um dos mais praticados pelos operadores do mercado financeiro.

Existem vários tipos de médias. Porém as mais utilizadas são as Médias Móveis Aritméticas (MMA) e Médias Móveis Exponenciais (MME)

Média simples ou aritmética (MMA)

É equivalente a uma média aritmética, portanto pode ser calculada da mesma forma. Ou seja, somam-se as cotações de determinado período e divide-se por esse número de períodos para obtenção do número representativos desses períodos.

A fórmula de cálculo é:

$(X_1 + X_2 + X_3 + \dots + X_n) / n$ Em que:

X = preço de fechamento

N = quantidade de dias da média móvel

A Figura 6 a seguir mostra uma MMA de 20 períodos no gráfico Mensal, do ativo B3SA3.

Figura 6: Representação da MMA



Fonte 8 <https://www.nelogica.com.br/>

Média exponencial

Segundo Doane e Seward (2014) o modelo de suavização exponencial é um tipo especial de médias móveis, usado para fazer previsões de um passo à frente, onde a Média Móvel Exponencial (MME), segundo Elder (2006, p.105) reage apenas aos preços entrantes, aos quais atribui mais peso. Além disso, não descarta de vez os preços velhos, mas os espreme aos poucos da janela temporal, com o passar do tempo.

A Média Móvel Exponencial (MME) vem como modelo para corrigir amenizar os impactos abruptos de variações de preços nas entradas e saídas de ações que ocorrem na Média Móvel Aritmética.

A Figura 7 a seguir mostra uma MME de 20 períodos no gráfico Mensal, do ativo B3SA3.

Figura 7: Representação da MME



Fonte 9 <https://www.nelogica.com.br/>

A MME é calculada segundo a seguinte fórmula:

$$MME(n) = (Preço * K) + [MME(anterior) * (1 - K)]$$

Sendo,

$K = 2/N + 1$ N = número de períodos ou número de dias da MME (escolhido pelo operador)

As MME apresentam um cálculo mais complexo, pois procuram dar relevância (peso) aos valores mais recentes no tempo, MME reagem mais rapidamente às oscilações de preço. Fazendo com que cada discrepância que ocorre se torne menos relevante quando mais distante ela estiver do valor atual, dando mais referência a preços atuais, onde os mais antigos vão se achatando ao longo do tempo.

A fórmula de atualização de previsões:

$F_{t+1} = a y_t + (1 - a) F_t$ (atualização da suavização) em que:

F_{t+1} = previsão para o próximo período a = constante de suavização ($0 \leq a \leq 1$)

y_t = valor atual do dado no período t

F_t = previsão anterior para o período t

Onde quanto menor for o "a" maior será a suavização e mais lenta a adaptação, logo os dados apresentados por último terão maior peso na formulação da média. Já quando o "a" for maior, a suavização será pequena e a adaptação será mais rápida. (DOANE; SEWARD, 2014)

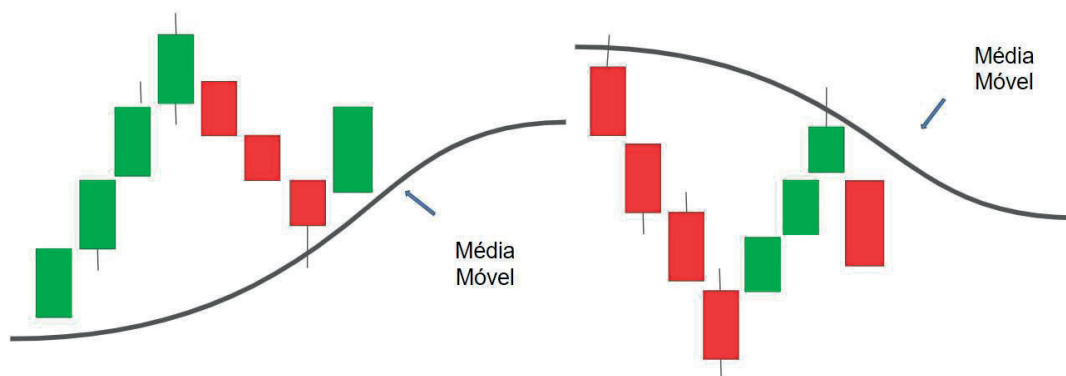
Sachetim (2006, p.42) apresenta como argumento que "em termos operacionais, a média móvel exponencial é superior aos outros tipos de cálculo de média móvel", porque atribui maior peso aos valores que são mais recentes, esta é o principal defeito da média simples, pois a exponencial inclui em seu cálculo os dados anteriores aos períodos pesquisados, onde na média ponderada não ocorre, seguindo assim a curva exponencial (ELDER, 1992 apud SACHETIM, 2006, p.44).

Estratégia

Para realizar a estratégia, haverá a utilização das médias exponenciais que podem ser rápidas, conhecidas dessa forma por representar um período mais curto e mostrar pontos de entrada mais facilmente ou de longo período, que variam menos com as oscilações de curto prazo, representando, uma tendência de longo prazo mais consolidada. Também existirá a utilização de uma média de período intermediário que servirá como base para a entrada. Dessa forma, a média exponencial de 20 períodos representará a rápida, a de 60 períodos representará a intermediária e a de 100 períodos a de longo prazo.

Para Lemos (2019), o uso das três médias móveis suaviza os ruídos e evita possíveis sinais falsos que as de menos períodos podem indicar. Com isso, a média de 100 períodos irá indicar a tendência principal do gráfico, pois segundo Matsura (2006), o comportamento da curva de preços em relação a sua média móvel mostra que quando o preço está acima, observa-se uma tendência de alta e quando o preço está abaixo, observa-se uma tendência de baixa.

Figura 8: Representação da Média para identificação da tendência



Fonte 10: Elaboração própria

Pullback

Dentro das tendências Bulkowski (2013) cita que o valor de uma ação em movimento de alta tenderá a retornar ao preço médio anterior, o que classifica como pullback, sendo, dessa forma, um movimento de correção onde o preço tem um pequeno retrocesso após o rompimento de uma resistência. O inverso acontece no movimento de baixa, onde o preço faz pullbacks para valores maiores antes de retornar para o movimento de queda.

Com tendências bem definidas, o método de Velez (2008) considera que os pullbacks são pontos em que o investidor deverá considerar. Em casos de uma tendência de alta o preço do ativo sofre alteração, o que possibilita uma compra com menor valor do ativo. Já em uma tendência de baixa o pullback

sofrerá uma alteração que valorizará o ativo, possibilitando uma venda quando o ativo estiver mais caro.

Figura 9: Representação do Pullback de alta e de baixa

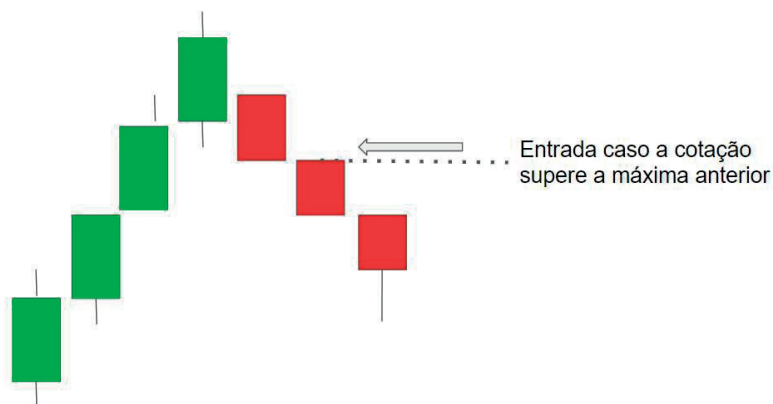


Fonte 11: Elaboração Própria

Com o preço retornando a níveis inferiores, no caso de uma tendência de alta, realizando um pullback, o investidor se preparará para realizar seu aporte financeiro, caso o gráfico mostre, através de padrões, que a tendência irá perdurar. Dessa forma, um importante indicador que irá demonstrar a maioria compradora mesmo em um recuo do preço, serão as médias, principalmente a rápida e a intermediária, que irão além de responder mais rápido as variações de preço, também funcionarão como suporte ou resistência, ou seja, mostrarão a região que o valor da ação tenderá a voltar ao movimento principal (LEMOS,2019).

Tendo em vista a tendência principal do gráfico identificada através da direção que a média de 100 períodos aponta e os níveis onde o preço tende a recuar para depois voltar ao movimento inicial. Segundo Velez (2008) um bom ponto de entrada será o rompimento da máxima do candle anterior, pois demonstra a entrada de compradores, tendência de alta, como mostrado na Figura 10 adiante.

Figura 10: Representação do ponto de entrada da operação

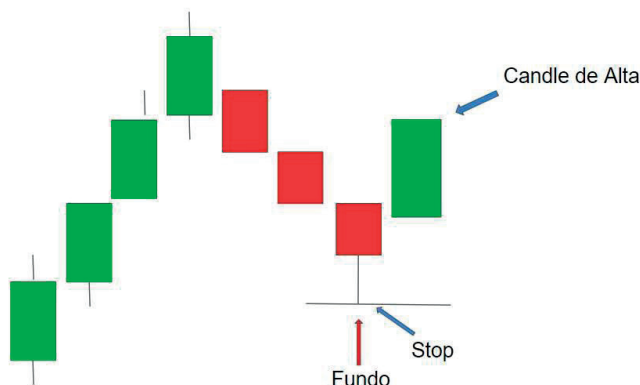


Fonte 12: Elaboração própria

Com o ponto de entrada pré-estabelecido, há a necessidade de um plano de contingência caso a operação não seja favorável, por isso Bassal (2008) recomenda a importância de uma eficaz gestão de risco, em nosso caso, o stop de segurança, que nada mais é do que o ponto de saída, caso o mercado

não vá a favor do posicionamento. Com isso, esse ponto de fuga ficará localizado abaixo do candle que iniciou o retorno à tendência principal, como mostra a figura 11.

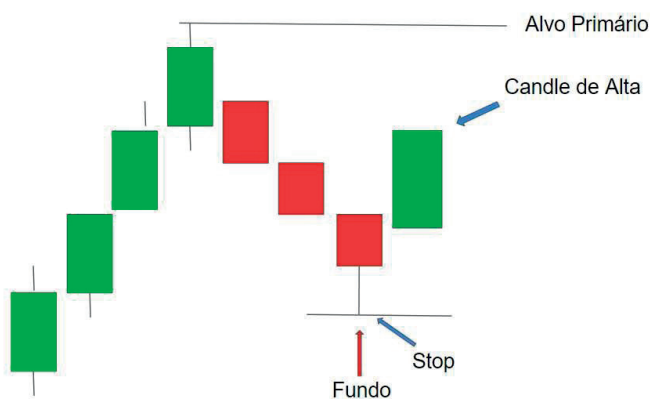
Figura 11: Representação do Local do Stop



Fonte 13: Elaboração própria

Com o start da operação bem definida e o stop de contingência no lugar adequado, o método Velez (2008) cita que um alvo adequado para a operação seria atingir o patamar de alta anterior, ou seja, o topo formado anteriormente à operação, o qual o autor define como alvo primário.

Figura 12: Representação do local do alvo



Fonte 14: Elaboração própria

Com base no discorrido anteriormente essa estratégia de identificação da tendência, níveis de recuo do preço e ponto de entrada, haverá agora a utilização dela na principal instituição financeira, no tempo gráfico corresponde a um mês, ou seja, cada candlestick terá esse tempo de duração entre a sua abertura e fechamento.

Apresentação e análise dos resultados:

Itaú Unibanco (ITUB4)

Fundado em 1924, por João Moreira Salles, o Itaú Unibanco registra no ano de 2021 um lucro de 26 bilhões no setor e torna-se o primeiro banco no ranking, seguido por Bradesco e Banco do Brasil. Refletindo uma retomada econômica após o primeiro ano da pandemia Covid-19.

Desta forma, faremos a análise, com base na estratégia já apresentada, da movimentação de preço das ações deste banco do ano de 2011 ao começo do ano de 2021, realizando uma comparação com o IBOV no mesmo período.

O gráfico do Itaú no período analisado é representado pela figura 13. Onde as faixas brancas representam o intervalo analisado e os círculos os momentos de entradas, de acordo com a estratégia.

Figura 13: Gráfico com os pontos de entrada e intervalo temporal ITUB4



Fonte 15 <https://www.nelogica.com.br/>

A teoria de Down faz-se presente quando há a identificação da tendência primária do movimento, apontada pela média de 100 períodos, sendo está de alta. Também há identificação da secundária que são apontados pelos topos e fundos mais elevados, sendo estes de movimentos menores que estão contidos dentro do principal movimento do gráfico e as terciárias que acontecem, neste caso, no momento em que há a retração do preço, chamada de pullback, onde esse pequeno movimento tende a buscar primeiramente as médias de 20 e 60 período, que funcionam como suporte, para depois retornarem as tendências secundária, através da entrada de força compradora, acarretando o ponto de entrada das operações.

O gráfico do IBOV no período analisado é representado pela figura 14. Onde as faixas brancas representam o intervalo analisado.

Figura 14: Gráfico IBOV com intervalo temporal utilizado



Fonte 16 <https://www.nelogica.com.br/>

O Resultado das operações no ITUB4 em comparação com os rendimentos do IBOV:

Tabela 3: Dados comparativos entre IBOV e ITUB4

Nº DE OPERAÇÕES	DATA DA ENTRADA	DURAÇÃO	DATA DO ENCERRAMENTO	RENDIMENTO ITUB4 %	IPCA DO PERÍODO	RENDIMENTO REAL ITUB4 %	RENDIMENTO IBOV %	RENDIMENTO REAL IBOV%	DIFERENÇA ENTRE OS REND.
1	24/10/2011	889	31/03/2014	35,25%	16,20%	16,394%	-8,19%	-20,99%	37,38%
2	30/07/2012	609	31/03/2014	37,12%	11,93%	22,505%	-10,70%	-20,22%	42,72%
3	16/09/2013	196	31/03/2014	12,70%	4,63%	7,713%	-5,38%	-9,57%	17,28%
4	24/03/2014	7	31/03/2014	8,21%	0,92%	7,224%	3,00%	2,06%	5,16%
5	05/10/2015	98	11/01/2016	-16,53%	4,12%	-19,833%	-13,70%	-17,11%	-2,72%
6	07/03/2016	147	01/08/2016	23,14%	3,17%	19,356%	17,00%	13,41%	5,95%
7	11/07/2016	21	01/08/2016	6,00%	0,96%	4,992%	3,77%	2,78%	2,21%
8	14/08/2017	7	21/08/2017	3,00%	0,00%	3,000%	0,60%	0,60%	2,40%
9	23/07/2018	101	01/11/2018	18,66%	0,96%	17,532%	12,39%	11,32%	6,21%
Total Acumulado				201,17%	50,37%	100,28%	-5,34%	-37,05%	

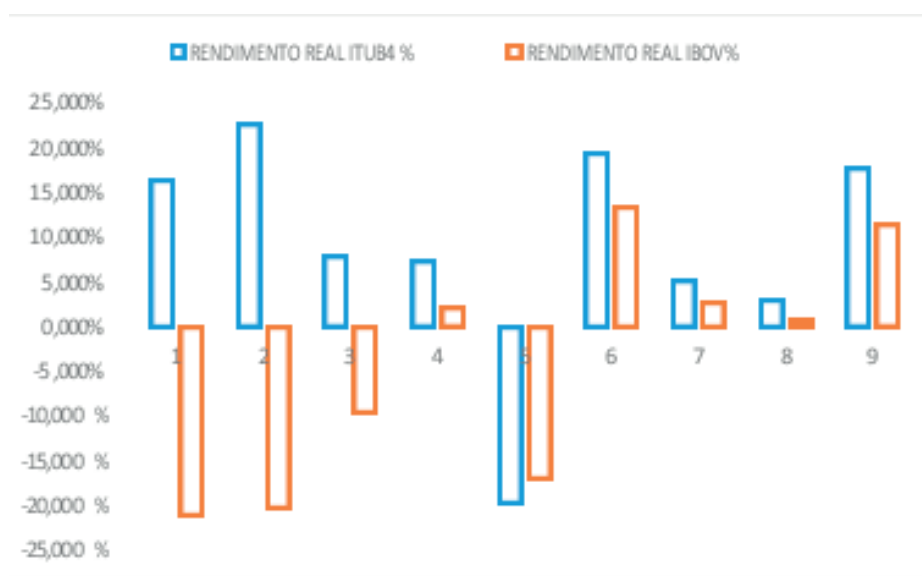
Fonte 17 Excel elaboração própria

A aplicação da estratégia no período estipulado resultou em nove operações na ação ITUB4, sendo que oito dessas geraram resultado positivo, atingindo o alvo proposto e apenas a quinta, teve o stop de segurança acionado. Realizando a comparação dos rendimentos provenientes das entradas nessa ação com as do IBOV (indicador que representa o desempenho médio das cotações das ações negociadas na B3) no mesmo período, com exceção da quinta operação, todas as outras tiveram rendimento superior.

Analisando os rendimentos, o estudo também considerou o IPCA (índice nacional de preços ao consumidor amplo) acumulado do período, e descontou esse dos rendimentos provenientes da operação, descobrindo os ganhos reais. Com base nessa descoberta, houve o cálculo da diferença entre os rendimentos reais do ITUB4 e do IBOV, demonstrando a superioridade ou inferioridade das entradas.

De acordo com a tabela, houve também o cálculo do total acumulado, que representa o somatório dos rendimentos, antes e depois de ser descontado o IPCA, demonstrando a taxa acumulada do período, sendo o total do rendimento real da estratégia na ação do ITUB4 de 100,28% e do IBOV de -37,05%.

Gráfico 1: Rendimento Real ITUB4 X Rendimento Real IBOV



Fonte 18 Excel elaboração própria

Considerações Finais

Quando iniciado o trabalho constatou-se que havia um número crescente de novos entrantes na bolsa de valores e por isso era de suma importância o estudo dessa temática, auxiliando na tomada de decisão de quando é o melhor momento de posicionar-se.

Diante disso, a pesquisa teve como finalidade verificar a eficácia da utilização das médias móveis no processo decisório de compra e venda das ações do Itaú Unibanco, além de fazer uma comparação dos resultados das operações realizadas com o IBOV no mesmo período. O estudo identificou os pontos específicos correspondentes ao direcionamento da estratégia e realizou o confronto esperado.

A pesquisa partiu da hipótese que a análise técnica, fazendo uso de indicador, poderia auxiliar o investidor na sua tomada de decisão, porque esta já possui trabalhos científicos e práticos. Durante o trabalho descobriu-se que esta forma preditiva é eficaz no processo decisório, tendo em vista que os resultados da sua análise foram, majoritariamente, positivos ao longo do intervalo proposto.

Diante da metodologia proposta, percebe-se que o trabalho poderia ter contido mais estudos de casos de instituições financeiras e outras empresas de outros setores, também listadas na bolsa. Dessa forma, haveria uma aplicação mais holística da estratégia e, assim, conseguiria mostrar sua eficiência em outros cenários.

Perante o exposto, o presente estudo traz como recomendação o uso dessa estratégia em outras ações listadas na bolsa que estejam em tendência definida. Outra recomendação é o estudo de mais indicadores técnicos que possam auxiliar a análise feita, de modo a trazer mais assertividade nas operações e mais pontos de entradas.

Referencial Teórico

Appel, G. (2005). Technical analysis. Upper Saddle River: Person Education.

As 10 principais Bolsas de valores do mundo. ParMais, 2022. Disponível em: <https://www.parmais.com.br/blog/as-principais-bolsas-de-valores-do-mundo/>. Acesso em: 20, junho e 2022.

Assaf Neto (2015) - ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro. 13. ed. Editora Atlas, 2015, Rio de Janeiro. Livro eletrônico.

B3 - BRASIL BOLSA BALCÃO. Disponível em: https://www.b3.com.br/data/files/E6/75/BC/90/36ECA71068C-61CA7AC094EA8/Estudo_PF-final%20_mai.20_.pdf, 17, maio, 2022.

BASSAL, Omar. Swing Trading for Dummies. Indiana: Wiley Publishing, Inc., 2008.

BULKOWSKI, Thomas N. Swing and Day Trading: Evolution of a Trader. New Jersey: John Wiley & Sons, 2013.

CARVALHO, A. G. Desenvolvimento financeiro e crescimento econômico.

Revista Econômica do Nordeste, Fortaleza, v. 33, n. 4, p. 694-715, 2002.

CERBASI, Gustavo. Investimentos Inteligentes - 2. ed. Editora Sextante, 2019. Rio de Janeiro.

DOANE, David P. SEWARD, Lori E. Estatística Aplicada à Administração e Economia. 1.ed. Editora Bookman, 2011, São Paulo. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788580553949/>. Acesso em: 30 mai. 2022.

ELDER, Alexander. Aprenda a operar no mercado de ações: come into my trading room. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GUARNIERI, Odir Cantanhede. Um Estudo Empírico da Eficiência da Análise Técnica como Instrumento na Predição do Comportamento dos Preços das Ações: O Caso Embraer. São Paulo: Universidade de Taubaté, 2006.

Inflação. IBGE, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>.

Acesso em: 24/06/2022.

LEITE, H. de P.; SANVICENTE, A. Z. Planos de estabilização e instabilidade nos mercados acionários. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, abr/jun 1991.

LEMONS, Flávio. Análise técnica dos mercados financeiros: um guia completo e definitivo dos métodos de negociação de ativos – 2. ed. Editora Saraiva Educação, 2019. São Paulo.

Martins, Carlos. Manual dos Supersinais da Análise Técnica. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Alta Books, 2020.

MATSURA, Eduardo. Comprar ou Vender? Como investir na Bolsa Utilizando Análise Gráfica. São Paulo: Saraiva, 2006.

Mercado de Capitais – PINHEIRO, Juliano Lima. Mercado de capitais. 9. ed. Editora Atlas, 2019, São Paulo. Livro eletrônico.

MURPHY, J.J. Technical Analysis of the Financial Markets: a comprehensive guide to trading methods and applications. New York: Institute of Finance, 1999.

MURPHY, John J. Análise Técnica do Mercado Financeiro. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2021. 9788550816944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788550816944/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

Neológica, 2022. Disponível em: <https://www.neologica.com.br/>. Acesso em: 10, junho e 2022.

NORONHA, M. Análise técnica: teorias, ferramentas e estratégias. São Paulo: Editec, 1995.

Nossa História, Itaú Holding S.A, 2020. Disponível em: <https://www.itaubank.com.br/relacoes-com-investidores/nossa-historia>. Acesso em: 10, mai. 2022.

PENTEADO, M. Uma Avaliação Estatística da Análise Gráfica no Mercado de Ações Brasileiro à Luz a Teoria dos Mercados Eficientes e das Finanças Comportamentais. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

PIAZZA, M. O melhor da análise técnica de ações: ferramentas selecionadas para a interpretação dos gráficos de preços e para o seu sucesso nos mercados. São Paulo: Saraiva, 2010

Quais empresas estão no índice Bovespa? Onze Gestora de Investimentos Ltda., 2022. Disponível em: <https://www.onze.com.br/blog/acoes-ibovespa/#:~:text=O%20investimento%20nas%20a%C3%A7%C3%B5es%20do,a%C3%A7%C3%B5es%20que%20integram%20o%20%C3%ADndice> Acesso em: 05, jun. 2022.

RIPARDO, Sérgio. Confirma o ranking brasileiro dos 10 bancos com maiores lucros em 2021. Bloomberg Línea, 2022. Disponível em: <https://www.bloomberglinea.com.br/2022/02/17/confira-o-ranking-brasileiro-dos-10-bancos-com-maiores-lucros-em2021/>. Acesso em: 17 mai. 2022.

ROCKEFELLER, Barbara. Análise Técnica Para Leigos. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Alta Books, 2021.

SACHETIM, Henrique Martins. Análise Técnica: Estudo da Confiabilidade dos Principais Indicadores de Análise Técnica Aplicados as Ações Mais Negociadas na Bovespa no Período de 1995 a 2005. Curitiba: UFPR: 2006.

SHARPE, Norean R.; VEAUX, Richard D D.; VELLEMAN, Paul F. Estatística Aplicada.

4. ed. Editora Bookman, 2014, São Paulo. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788577808656/>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SHARPE, Willian, GORDON, Alexander, e JEFFERY, Bailey. Investments. 5ª edição, Prentice Hall, 1995.

VELEZ, Oliver L. Swing Trading. New Jersey: John Wiley & Sons, 2008.

NOVA GESTÃO PÚBLICA E CONTROLE INTERNO: UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES E RESULTADOS DA CONTRALODORIA GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ (2015- 2020)

Giseli Ribeiro Leite Bacharelado em Direito

Carlos Eduardo da Silva Belfort de Carvalho

Resumo: A análise deste trabalho “NOVA GESTÃO PÚBLICA E CONTROLE INTERNO: uma análise das funções e resultados da Contraladoria Geral do Estado do Piauí (2015- 2020)”, tem como foco realizar um estudo das funções de controle da Controladoria Geral do Estado do Piauí (CGE-PI) e as possibilidades de maximização resultados na Administração Pública. Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, do tipo bibliográfica, que utilizou produção científica, legislação em vigor e publicações em sites do governo tais como CGE-PI e Secretariade Planejamento. Utilizou-se como principal aporte teórico as contribuições de Di Pietro (2019), Marçal Justen (2016) e Hely Lopes Meirelles (2015) Com o fim de verificar a atuação do órgão de controle interno do executivo piauiense, a partir das funções de auditoria, controladoria, ouvidoria e corregedoria, sob o prisma do princípio da Eficiência, para a identificação do seu funcionamento, organização e resultados. Visando responder a seguinte problemática: Um órgão de Controle Interno autônomo e estruturado, consegue atuar de modo a maximizar os resultados da Administração Pública? A partir da análise da legislação em vigor observou-se que a Constituição Estadual reproduziu o texto da Constituição Federal, assim como os demais dispositivos legais, sendo as últimas atualizações no ano de 2017 com o Decreto 17.526/PI e Lei Complementar nº 241 de 22 de abril de 2019 que adicionou às competências do Órgão de Controle as funções de Corregedoria e ouvidoria ampliando sua atuação. Os dados coletados diretamente dos sites oficiais do Governo do Estado demonstraram uma economia de recursos a partir de uma atuação do órgão de controle Interno, reiterada no período analisado. A Controladoria do Estado fortalecida favorece o fomento à transparência governamental, o controle social e a discussão sobre a participação da sociedade no controle interno com foco no controle do gasto público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Eficiência. Controle Interno. CGE PI.

NEW PUBLIC MANAGEMENT AND INTERNAL CONTROL: AN ANALYSIS OF THE FUNCTIONS AND RESULTS OF THE COMPTROLLER GENERAL OF THE STATE OF PIAUÍ (2015-2020)

Giseli Ribeiro Leite Bacharelado em Direito

Orientador: Carlos Eduardo da Silva Belfort de Carvalho

Abstract: The analysis of this work “NEW PUBLIC MANAGEMENT AND INTERNAL CONTROL: an analysis of the functions and results of the Comptroller General of the State of Piaui (2015-2020)”, focuses on conducting a study of the control functions of the Comptroller General of the State of Piaui (CGE-PI) and the possibilities of maximizing results in Public Administration. This is a qualitative research, bibliographic type, which used scientific production, current legislation and publications on government websites such as CGE-PI and the Planning Secretariat. The main theoretical contribution used was the contributions of Di Pietro (2019), Marçal Justen (2016), and Hely Lopes Meirelles (2015). To verify the performance of the internal control body of the executive from Piaui, from the functions of audit, controllership, ombudsman, and internal affairs, under the principle of Efficiency, to identify its functioning, organization, and results. Aiming to answer the following issue: Can an autonomous and structured Internal Control body act in such a way as to maximize the results of Public Administration? From the analysis of the legislation in force, it was observed that the State Constitution reproduced the text of the Federal Constitution, as well as the other legal provisions, with the latest updates in 2017 with Decree 17,526/PI and Complementary Law No.241 of 22 of April 2019, which added to the powers of the Control Body the functions of Internal Affairs

and Ombudsman, expanding its performance. The data collected directly from the official websites of the State Government demonstrated an economy of resources from the performance of the Internal Control body, repeated in the analyzed period. The strengthened State Comptrollership favors the promotion of government transparency, social control and discussion on society's participation in internal control with a focus on controlling public spending.

Keywords: Administrative law. Public administration. Efficiency. Internal control. CGE PI.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública está relacionada com todo o aparelhamento do Estado que se direciona para a realização dos seus serviços em prol das necessidades da população, portanto, compreende as tecnologias e estratégias administrativas para a operacionalização dos programas governamentais e serviços públicos (SILVA, 2017). Em uma escala progressista, conforme ensina Alexandrino (2017), inicia-se com o patrimonialismo, seguido pelo modelo burocrático, e finda com a Administração Gerencial, que propende responder aos anseios econômicos e sociais perante demandas complexas.

De acordo com Justen (2016), ela é caracterizada por ser executora, uma vez que prestaos serviços públicos, implementando a ação estatal, por ser instrumental, posto que funciona como produtora de um bem-estar à coletividade, hierarquizada, pois seus órgãos estão organizados em formato de subordinação, e possui suas competências balizadas pela lei. Ademais, também se caracteriza por seu caráter técnico e neutro, dado que deve se pautar pela isonomia no trato com os administrados.

Na Administração Pública, segundo Simone Paiva (2008), o controle é a função que demanda maior atenção e trato dos gestores públicos uma vez que lida com um enorme leque de serviços, recursos e dados necessários à gestão do bem público. Por conta disso, há uma série de regulamentos/normas que estabelecem uma política econômica de controle severa sobre a gestão das despesas públicas, devido à grande repercussão na sociedade atual, que exige responsabilidade, transparência e eficiência na aplicação dos recursos, aliada às boas práticas de governança, visando uma maior eficiência do gasto (Simioni, 2014 p.20).

Diante destas concepções, o Controle Interno recebeu destaque no art.70 da Constituição Federal, reproduzido no art. 85 da Constituição do Estado do Piauí. Tais artigos afirmam a importância do controle interno como sendo fundamental à Administração Pública. O Decreto n° 17.526/2017 - PI reestrutura o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Estadual estabelecendo rotinas para que seja alcançada a eficiência na gestão, pois apenas um sistema de controle interno atuante inibe o acontecimento de erros involuntários, mitiga prejuízos decorrentes de desperdícios, desvios, abusos, irregularidades e fraudes. Em seu microsistema, a nível de unidade da federação, cada controle interno pode implementar rotinas, realizar auditorias, autuações e recomendações.

No que se refere à avaliação do grau de eficiência dos controles internos, a Resolução do Conaci n° 001/2013 que aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Controle Interno - CONACI, o Art. 4°, § 2° discorre que a implementação de Órgão Central de Controle Interno, abrangue quatro macrofunções, sendo elas: auditoria, controladoria, ouvidoria e corregedoria, com atribuições de acompanhamento da gestão administrativa, financeira e orçamentária, com vista não só a detectar falhas do Sistema de Informações, mas também a dar sugestões para torná-lo mais eficiente.

Essas quatro macrofunções avaliativas são fundamentais à medida que, conforme aponta Paludo (2013), no Brasil, as práticas patrimonialistas ainda permanecem na Administração Pública Federal, nos Estados e Distrito Federal e nos Municípios, promovendo ingerência entre o patrimônio público e o privado. Beolchi (2014, p.93) relata que cada período da história brasileira prevaleceu uma subespécie do gênero Administração Pública, co-habitando no cenário nacional o modelo gerencial como a ser alcançado, o burocrático como sendo base estratégica e o patrimonialismo arraigado na cultura corporativista.

Partindo dessas questões, destaca-se que demandas por mais serviços estatais emergiram a partir da crise mundial que ocorreu em 2008, iniciada pela bolha imobiliária aprofundada com a quebra do maior banco de investimentos Lehman & Brothers, Pessoa (2009). O Brasil, por seu turno, veio sentir o impacto dessa recessão (declínio na atividade econômica de forma disseminada entre diferentes setores econômicos) no segundo trimestre de 2014, conforme relatório do Comitê de Datação de Ciclos Econômicos (Codace) da Fundação Getúlio Vargas, divulgado em agosto de 2015. Esse período foi seguido de uma expansão econômica durante os anos de 2017 a 2019, no entanto, o país dá sinais de nova entrada em recessão a partir do primeiro trimestre de 2020, conforme relatório publicado em junho de 2020, devido aos impactos imprevisíveis decorrentes da pandemia COVID-19 que, devido às medidas de isolamento social para contenção do vírus, paralisou ou desacelerou o crescimento de diversos setores da indústria e do comércio.

Os impactos da Pandemia foi objeto de vários estudos, pelos mais diversos especialistas nas diversas áreas do conhecimento, inclusive o tema foi objeto de uma websérie: Desafios do Novo Normal, em que foram discutidos ao longo de 55 (cinquenta e cinco) episódios os impactos da Covid-19, em retrospectiva do ano de 2020, abordando sob o prisma dos impactos sociais, econômicos e educacionais, com a finalidade de compreender o momento histórico vivido. Dadas as necessidades de isolamento tiveram que ser desenvolvidas soluções de Educação à distância, um olhar apurado a proteção das relações de trabalho, emprego e renda, a gestão da crise, relações na economia – impactos no setor de serviços, entre outros temas que desembocaram em novas formas de relacionamento, dado o “novo normal”.

No episódio: O papel do direito no combate à crise, o diretor da FGV Direito SP – Oscar Vilhena – observa que o Direito tem 02 (duas) funções fundamentais dentro deste contexto: sendo a primeira – apresentar princípios fundamentais – dignidade da pessoa humana e o direito a vida, como os fins últimos que devem orientar as funções do Estado. E a segunda estabilizar as expectativas (confiança social) com o intuito de evitar oportunistas que tomem decisões contrárias ao interesse público, aumento da discricionariedade por parte dos gestores não deveser relegada a responsabilidade, uma vez que direitos fundamentais e sociais não podem ser violados.

Nesse cenário, o Boletim Macro FGV/IBRE, de Dezembro de 2020, demonstrou que a situação de vulnerabilidade social (67,9 milhões de beneficiados pelo auxílio emergencial¹ e a taxa de desemprego de 14,6%), intensificada por conta da pandemia gerada pelo novo coronavírus, adicionada ao aumento da dívida bruta chegando a 90,7% do Produto Interno Bruto enseja a necessidade de contingenciamento das despesas públicas. Neste cenário de apatia financeira, os órgãos de controle interno exercem um papel fundamental para a gestão dos escassos recursos públicos que tendem a minguar com a queda da arrecadação. Portanto, partindo da análise das funções de Controle dos Órgãos do Executivo Estadual, e pautando-se no princípio da Eficiência, surge a seguinte problemática da pesquisa em questão: A Controladoria Geral do Piauí (CGE-PI) constitui-se de forma autônoma e estruturada e consegue atuar de modo a maximizar os resultados da Administração Pública?

Tal problemática surge do fato de que, a nível Estadual, os impactos gerados à economia foram semelhantes, conforme Balanço do Governo do Estado do Piauí no ano de 2020. O relatório, com base em dados do IBGE, aponta que o fechamento de empresas e postos de trabalho a nível nacional foi de 14,1 milhões de brasileiros, contando com 71.758 piauienses. São dados que sinalizam a necessidade de uma realocação orçamentária e elaboração de planos específicos para o controle de gastos com a pandemia. Assim, o presente artigo tem como eixo central a análise do órgão de controle interno do executivo piauiense, a partir das funções de

¹ O auxílio emergencial foi criado pela Lei nº 13.982 de 02 de abril de 2020. Esta lei promoveu alterações na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, ao dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019.

No art.2º, da referida Lei, é relatado a forma e o valor da concessão: a partir da data de publicação, no valor de R\$600,00 (seiscentos reais) mensais, durante o período de 3 (três) meses. Dentre outros requisitos ao postulador do auxílio constantes do artigo, destaca-se: renda familiar per capita não exceda ½ (meio) salário mínimo, não seja titular de benefício previdenciário, que exerça atividade de MEI – microempreendedor individual ou contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social. Fonte - Lei de Criação do Auxílio Emergencial - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso 29 de jun. de 2021.

auditoria, controladoria, ouvidoria e corregedoria, sob o prisma do princípio da Eficiência, para a identificação do seu funcionamento, organização e resultados, com fulcro na legislação em vigor. E nesse sentido, apresentar a composição e estrutura da Controladoria Geral do Estado do estado do Piauí, o mapeamento de dados, leis e decretos que possibilitam identificar as funções e demandas desempenhadas pelos órgãos de controle interno do Poder Executivo Estadual, o impacto social do aparelhamento dos órgãos de controle estaduais de atuação perante aos indicadores de eficiência, desenvolvimento e transparência da gestão, como também as principais atuações e resultados obtidos pela CGE PI no período 2015 a 2020.

O interesse pelo tema surgiu, inicialmente, a partir do contato com a disciplina de Direito Administrativo, a qual fomentou a busca pelo estudo do vasto campo da Administração Pública e de como esta se insere na prestação de serviços à coletividade visando o bem estar social. A alocação do dinheiro público por parte do Gestor/servidor público, ainda que de forma discricionária deve visar a maximização de resultados. Nesse sentido, aprofundar conhecimentos acerca do tema é de relevância ímpar ao cidadão, que pode verificar a aplicação dos recursos, assim como controlar e/ou exigir que os órgãos de controle o façam.

Para além disso, este trabalho também visa contribuir, a nível local, com uma análise específica do Executivo Estadual no período de 2015 a 2020, analisando a organização, funcionamento e resultados do órgão do executivo piauiense, a partir dos princípios da Administração Pública, em especial o princípio da Eficiência, análise de grande relevância para a otimização dos modelos de gestão, o que possibilita planejamentos que visem a obtenção de melhores resultados econômicos para o Estado. Diante disso, essa pesquisa levanta alguns questionamentos fundamentais para seu desenvolvimento: Quais as principais atuações e resultados obtidos pela Controladoria Geral do Estado do Piauí? Qual a composição e estrutura da Controladoria Geral do Estado do estado do Piauí? Quais dados, leis e decretos que possibilitam identificar as funções e demandas desempenhadas pelos órgãos de controle interno do Poder Executivo Estadual? Qual o impacto social do aparelhamento dos órgãos de controle estaduais de atuação perante aos indicadores de eficiência, desenvolvimento e transparência da gestão?

Para responder as questões propostas foi feita escolhas teórico – metodológicas. No que se refere às possibilidades de interlocução teóricas, algumas abordagens oferecem contribuição para a realização deste trabalho. Dessa forma, esta proposta insere-se no campo de estudos do Direito Administrativo, e aborda as relações entre Administração Pública e Controle Interno. Levantou-se, portanto, uma bibliografia em torno desta relação. São trabalhos que tratam sobre as funções da Administração Pública e sobre a importância do controle interno para a organização e funcionamento dos órgãos de controladoria interna no âmbito local. Levantou-se autores como: Di Pietro (2019), Marçal Justen (2016), Hely Lopes Meireles (2015), Simone Paiva (2008), Silva Lima (2008), Vieira (2009) e Silva (2017).

Além da revisão bibliográfica, trata-se de uma pesquisa documental que, segundo Lakatos (2003), se caracteriza por uma coleta de dados que tem como fonte documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias. Em âmbito nacional, foi realizada uma análise documental da Constituição Federal, da Lei nº 12.507/2011 – Lei de Acesso a Informação, Decreto nº 8.420/2015 – Lei Anticorrupção, Resolução 001/2013 do Conselho Nacional de Controle Interno. A nível estadual, foram analisadas: a Constituição do Estado do Piauí, a Lei Complementar 241 de 22/04/2019, que acresce a participação popular e as macrofunções na atividade de controle, e o Decreto-lei 17.526/2017/ PI, todos esses documentos estão disponíveis no arquivo digital oriundo do Diário Oficial.

Foram colhidos dados, também dos Balanços de Governo do Estado do Piauí constantes do sítio da Secretaria de Planejamento (SEPLAN/PI), as buscas foram realizadas compreendendo o período dos exercícios de 2015 a 2020. Além disso, também foram analisados os relatórios do Comitê de Datação de Ciclos Econômicos (Codace), criado em 2004 pela Fundação Getúlio Vargas, e quem tem como objetivo referenciar a cronologia dos ciclos econômicos brasileiros⁸ e o Boletim Macro Fundação Getúlio Vargas / Instituto Brasileiro de Economia (FGV/IBRE) banco de dados disponibilizado pela FGV.

Funções e princípios da administração pública e os órgãos de controle interno: um panorama em torno da implementação e funcionamento da nova gestão pública

Considerando que o Sistema Republicano brasileiro, o Estado Democrático de Direito e o Regime Jurídico Administrativo – formado pelos princípios da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público – são de observância obrigatória por parte dos gestores (MEIRELLES, 2015). Entende-se o Estado, a partir dos preceitos constitucionais de 1988, como um locus no qual o cidadão exerce a cidadania. Assim, todo e qualquer esforço de reforma deveter como objetivos melhorar a qualidade da prestação do serviço público na perspectiva de quem usa e possibilitar o aprendizado social de cidadania, tendo a Administração Pública o objetivo principal a promoção da dignidade da pessoa humana e do seu desenvolvimento integral em liberdade com atuação de maneira efetiva para viabilizar e garantir os direitos do cidadão que estão consagrados na Constituição. (PEREIRA, 2006).

Ademais, Bobbio (1986) (apud FERREIRA JUNIOR, 2017) argumenta que a Administração Pública do país ao longo da república vem sofrendo um lento e gradual processo de mudança de posicionamento institucional, e conclui aludindo o ideal de renovação gradual da sociedade através da racionalização pelo debate de ideias e da mudança de mentalidades, já que apenas a democracia possibilita “a expansão de revoluções silenciosas” (p.182, 183).

Os atos de gestão são tipicamente competência do Poder Executivo, e, nesse sentido, DiPietro (2019) assevera que essa gestão, por meio da Administração, deve pôr em prática os atos que materializarão a satisfação do interesse público, sendo ela a responsável pelo desempenho da função administrativa.

Para Bonavides (2007, p.495)⁹ (...) vasta é a distância que separa o idealismo programático da Constituição das concretizações purificadoras e legitimantes da ação política, colocadas por inteiro no reino da utopia (...). Isso quer dizer que a Administração Pública já dispõe de regras de conduta o bastante para poder gerir os recursos em prol do benefício social, mas a prática nem sempre acompanha *pari passu* as normas escritas.

Estas normas servem para conduzir o gestor durante a execução de todos os seus atos.

Meirelles (2015) caracteriza bem o objetivo fim da Administração Pública:

Os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade. (2015, p. 90)

No que se refere aos princípios que norteiam a Administração, a Constituição Federal, em seu Capítulo VII, Título III, menciona alguns princípios considerados como “Expressos”. Enquanto a doutrina e a jurisprudência muitas vezes utilizam outros princípios de aceitação ampla, conhecidos pela doutrina como Princípios Reconhecidos. Tais conceitos fazem referência à moralidade, lealdade, legalidade e ética, conceitos básicos para a Administração Pública, que contribuem para o aprimoramento das funções de fiscalização e controle.

Segundo Carvalho (2008), os princípios expressos revelam as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles. São eles os princípios constitucionais dispostos no caput do art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Já os demais que são os Princípios reconhecidos, são também decorrentes de nosso regime político e foram citados pelo art. 2º da Lei 9.784/99.

Dessa forma, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 foi um importante passo na democracia da Administração Pública, que ampliou conceitos, direitos e obrigações com a finalidade de resguardar o direito público. A Administração Pública atualmente é baseada no cientificismo, pautando seus atos na legalidade e buscando melhorar a transparência na aplicação de recursos. Mais recentemente, a Lei de Responsabilidade Fiscal LC nº 101 de 04 de maio de 2000, a Lei de Acesso à Informação Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011, e a Lei Anticorrupção Lei 12.846 de 01 de agosto de 2013 vieram aprimorar e fortalecer o estabelecimento da democracia instalada no país, posto que tornaram mais acessível uma avaliação da administração pública brasileira.

Diante disso, tomando como partida a Constituição Federal e as mudanças ocorridas no campo do Direito Administrativo, adicionado ao incremento de Leis e princípios que estabelecem o modelo ideal para uma administração pública, assim como visam assegurar a importância dos órgãos de controle interno nesse quesito, torna-se relevante considerar a eficiência da gestão pública e o modo como suas funções são realizadas. Para isso, requer que sejam apresentados os critérios considerados para uma gestão eficiente de recursos e seus impactos na administração pública.

1.1 Eficiência e Controle Interno

A eficiência administrativa é considerada conforme Marçal (2016) um direito fundamental geral, ao lado dos direitos como liberdade, igualdade, democracia republicana, legalidade, federação e procedimentalização. Devendo ser interpretada as normas em favor da coletividade preferindo aquela que atinja maior eficácia aos direitos fundamentais. Lenza (2019) apresenta o Princípio da Eficiência como sinônimo do Princípio da Máxima efetividade ou da Interpretação Efetiva.

Em tese paralela José Afonso da Silva (2010, apud Cabral, 2017) referencia que eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico, o autor contextualiza como sendo um conceito emprestado de outra(s) ciência(s), relacionado a atividade de gestão e a economia e que passou a ser objeto de estudo da ciência do Direito quando fora positivado no ordenamento jurídico. O Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, já fazia referência a eficiência no Estado, em seus art. 13 e 25, inciso V, antes mesmo da Constituição, quando submetia toda atividade do Poder Executivo a avaliação e controle de resultado de todos os níveis e em todos os órgãos.

O dever de prestação de serviços públicos com eficiência já estava expresso no art. 6º da Lei 8987/95. A Constituição de 1988 quando promulgada já previa expressamente a aplicação da eficiência nos artigos, 74, II e 144, §7º, com a Emenda Constitucional nº 19/98 de 04 de junho de 1998, conhecida como a Reforma Administrativa, que promoveu, dentre outras medidas, a inclusão do Princípio da Eficiência ao caput do art. 37 da Constituição Federal, embora tal postulado fosse implícito à época, a partir da emenda passou a ser expresso com o fim de balizar toda a atuação administrativa – seja Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou Indireta (Autarquias, Fundações, Sociedade de Economia Mista) e quaisquer outras pessoas, inclusive os particulares que com a Administração se relacione.

A Lei 4.320 de 17 de março de 1964 além de estabelecer normas de Direito Financeiro e Controle dos Orçamentos Públicos, destinou dois artigos, Art. 75 e 76, ao Controle Interno – compreendendo o controle da execução orçamentária. Reforçando ainda, a importância do Controle Interno a Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/2000 – tratou da temática nos artigos 54 e 59. Na Lei 8.666/93 que trata sobre licitações e contratos em seu art. 113 dispõe sobre o controle das despesas decorrentes dos contratos, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e re-

gularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

A nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021 – trata do tema ao falar dos agentes públicos no art. 7º. Noutra esteira, o sigilo do orçamento não prevalecerá sobre o Controle Interno – Art.24, inciso I. O órgão de controle deverá dirimir dúvidas e prevenir riscos na execução contratual – auxiliando o fiscal do contrato – art.117, §3º. O Art.141 trata da sistemática de pagamentos e prediz que qualquer alteração na ordem cronológica deve ser justificada previamente ao órgão de controle interno. No capítulo III, ao tratar do controle das contratações – o controle interno – desempenha função imprescindível à gestão de riscos e de controle preventivo, aliado a adoção de recursos de tecnologia da informação, o que não afasta a subordinação ao controle social. Nesta lei o controle interno tem sua atuação descrita em três momentos: prévio (art. 117, §3º, 141), concomitante (art. 7º e controle de contratações) e posterior (art 170, §4º – representação contra ilegalidades na aplicação da norma).

Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 – sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, e a Lei de acesso a informação – Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – com a sua publicação veio para viabilizar um maior controle social, uma vez que qualquer cidadão pode requerer informações, assim como denunciar aos órgãos de controle. Ambas são importantes instrumentos que ensejam o aprimoramento do controle interno da Administração Pública e a otimização da aplicação dos recursos.

A atuação administrativa já contava com a obrigatoriedade/observância do Princípio da Legalidade. Há na doutrina quem faça oposição entre os princípios da Eficiência – voltado para a ciência da administração e o da Legalidade – inerente ao Estado de Direito (CABRAL, 2017). Na O Princípio da Eficiência também não deve refutar ou relegar o princípio da legalidade, gerando conflitos, mas sim encontrar harmonia. Para Sylvia Di Pietro (2019), a eficiência se apresenta sob dois aspectos: modo de atuação do agente público e o modo de organizar a Administração Pública. O primeiro refere-se ao melhor desempenho possível do agente e o segundo ao alcance de melhores resultados na consecução da prestação dos serviços.

Nessa esteira, no art. 2º da Lei 9.784/99, que trata do princípio da Eficiência, o inciso VI traz que nos processos administrativos serão observados a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Com a Emenda Constitucional de 45 no ano de 2004 o princípio passou a integrar o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, inciso LXXVIII, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ferreira Junior (2017) comenta que o princípio da eficiência, a partir da Reforma, passou a ser visto como um fim a ser alcançado e não como um meio, tornando oportuna a chamada “revolução gerencial”. Para Hely Lopes (2015):

Nos conflitos entre o particular e a Administração Pública a resolução consensual também deve ser buscada no sentido de atender o princípio da eficiência por ensejar, em menor tempo e custo, solução para o conflito e, assim, segurança jurídica. Todavia, deve ser observado e respeitado o regime jurídico-administrativo e seus princípios (p. 105).

A busca pela otimização de seus sistemas de controle com o auxílio da tecnologia, portal da transparência, compras e licitações on-line, pregões, são inovações que trouxeram a possibilidade de integração eficiente dos sistemas de controle do governo financeiro, contábil e patrimonial. A Administração pública é realizada pela reunião dos esforços dos recursos humanos que nela trabalham. Para Beolchi (2014):

(...) a existência de diversos instrumentos não dificulta o processo de gestão. Ao contrário, como aposta Simioni e Ferraz (2009: p. 258): “A tecnologia da informação permite ainda, a integração de diversos sistemas, facilitando o controle de procedimentos, dando agilidade e melhorando a eficiência na gestão de recursos públicos”. Entende-se, assim, que a ampliação do número de sistemas só facilita o controle evitando a falta de eficiência na Administração (p. 87).

Como a realidade é dinâmica (MARÇAL, 2016), faz necessária a adequação perante as demandas sociais e por conseguinte a evolução do Estado, dos meios legais normatizando e delimitando a temática, associados à modernidade dos meios de informação tecnológicos, exigindo um monitoramento dos atos e fatos administrativos para uma gestão eficiente. Os Sistemas de Informação como, por exemplo Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, Compras Net, de utilização pela União, desenvolvidos pelo Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO, são a concretização dessa necessidade de acompanhamento. Em âmbito estadual, temos o SEI - Sistema Eletrônico de Informações, Sistema Integrado de Administração Financeira para Estados e Municípios - Siafem, Catalogo de Sistema de Compras construído pela Agência de Tecnologia da Informação (ATI).

É neste contexto que o gestor deve orientar-se com vistas a economia e controle dos recursos envolvidos, transparência na execução das despesas públicas, sanando ilegalidades, atentando bem para o que diz a Lei de Responsabilidade Fiscal - LC101/2000, exaltando uma atuação pautada no controle de resultados, efetivando o princípio da eficiência, evitando incorrer em crimes e ser penalizado. Dessa forma, buscar a melhor forma de execução dos serviços e o controle dos resultados é seguir o próprio sistema constitucional, uma vez que a eficiência sempre foi um dever do administrador (ANDRADE, 2013).

A Administração Pública é o veículo que impulsiona as ações do Estado, e este sem a atuação daquela inutiliza o propósito de executar as funções básicas para proporcionar a satisfação das necessidades coletivas. A eficiência está ligada ao conceito de economicidade, que se trata da busca pelo alcance de resultados ao menor custo possível (CABRAL, 2017). Logo, o Estado é o detentor dos meios de produção e a Administração é ciência de alocar os recursos disponíveis, que são escassos, a fim de atingir os objetivos dos administrados.

Sob esta ótica, Figueiredo (2012, apud Cabral, 2017) discorre sobre o custo social, uma vez que a Administração, na consecução de seus objetivos deve utilizar-se apenas dos recursos necessários minimizando o quantum de despesas para os cofres públicos e por sua vez para toda a sociedade. A gestão de recursos públicos, tanto financeira quanto orçamentária, deve ser pautada no zelo, conservação e economia dos bens, garantindo e resguardando o interesse da maioria dos governados. Obedecendo a sistemática de “checks and balances”², o Legislativo edita normas e leis, a fim de balizar a atuação dos gestores, para que a prestação de serviços seja voltada para a eficiência nos processos.

Assim como existem normas de conduta para os gestores de serviços públicos, também existem sanções impostas a quem infringir as regras. Porém, Andrade (2013) ressalva que o gestor administrativo não pode limitar-se a não infringir a lei. Desvios de finalidade configuram atos ilícitos que não são aceitos perante as normas de Direito Administrativo, atos estes que podem ser punidos civil, criminal e administrativamente. Não sendo suficiente e passivamente aceito na atualidade que apenas a observação dos dispositivos legais, sendo o primeiro elemento da eficiência administrativa - a adequação do meio à finalidade pretendida no caso concreto Cabral(2017).

2 Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões “separação de Poderes” ou “divisão de Poderes”, referindo-se unicamente à necessidade do “equilíbrio entre os Poderes”, do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de *checks and balances*, que é o nosso método de freios e contrapesos, em que um Poder limita o outro. (Meirelles, 2015, p.65)

Como o mais moderno Princípio da função Administrativa, Meirelles (2015), a Administração precisa entender as necessidades individuais e coletivas, dicricionariamente eleger prioridades, e logo após precisa trabalhar, direcionando seus esforços, contando com a colaboração de todos e o intercâmbio de informações sociedade-Estado. Exigindo-se, contudo, o alcance de resultados positivos - a Administração Pública poderá alocar os recursos de forma equitativa e de acordo com as necessidades. Para Meirelles, o princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de causa - efeito, sendo este associado aos resultados pretendidos e aquele referindo-se à atividade administrativa.

Chiavenato (2008) afirma que:

A função administrativa de controle está relacionada com a maneira pela qual os objetivos devem ser alcançados através da atividade das pessoas que compõem a organização. O planejamento serve para definir os objetivos, traçar as estratégias para alcançá-los e estabelecer os planos de ação. A organização serve para estruturar as pessoas e os recursos de maneira a trabalhar de forma organizada e racional. A direção mostra os rumos de dinamiza as pessoas para que utilizem os recursos da melhor maneira possível. Por fim, o controle serve para que todas as coisas funcionem da maneira certa e no tempo certo (p.376).

A ciência da Administração aplicada ao setor público, melhor dizendo a Administração Pública, deverá integrar os recursos humanos, os órgãos e todos os entes que existirem, visando à otimizar a prestação dos serviços, de forma adequada, conjugando e arranjando, ou (re) alocando os recursos disponíveis, focando o interesse e a necessidade da sociedade, impulsionando as ações voltadas aos administrados. Trabalhando, dessa forma, num ciclo de Deming (Chiavenato, 2008), em um 'loop'³ infinito de Planejar - Organizar - Dirigir - Controlar.

Marçal (2016) pedagogicamente ensina de forma simples que a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produtiva dos recursos disponíveis de modo a gerar os melhores resultados. Assim, podemos entender que o Princípio da Eficiência dentro da Administração Pública é o processo de arranjo contínuo dos recursos disponíveis, focando o objetivo final de colaborar/fomentar o bem estar social. A administração é o que impulsiona o complexo de atividades, através da tomada de decisões e a execução de ações para o alcance do fim a que se propõe que é a satisfação das necessidades coletivas.

Sendo a eficiência um conceito interdisciplinar entre as ciências da Economia, Administração e do Direito, princípio novel que não se sobrepõe aos demais princípios positivados, que visa aprimorar a atuação estatal, buscando uma melhor alocação/otimização dos recursos para consecução da finalidade social - com maximização dos resultados.

3 Conceito: Conjunto de instruções que um programa de computador percorre e repete um significativo número de vezes até que sejam alcançadas as condições desejadas. Fonte: Dicionário Oxford Languages <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>.

1.1 Finalidades e Funções do Controle Interno

O Controle Interno possui fundamentação legal, para atuação na Administração Pública, prevista nos art. 31, 70 e 74 da Carta Magna. O Art. 31 trata do controle interno em âmbito municipal. O Artigo 70 versa acerca da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas que será exercida pelo controle interno de cada poder, e pelo controle externo. O artigo 74 traz o sistema de controle interno de forma integrada entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, é específica ao tratar do Controle Interno do Poder Executivo Federal e organiza e disciplina os sistemas de Planejamento e de Orçamento, de Administração Financeira, de Contabilidade. Em seu artigo 20, lei supramencionada, reproduz o artigo 74 da Constituição Federal que elenca as finalidades do Sistema de Controle Interno:

Art. 20. O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal tem as seguintes finalidades:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Tal artigo é reproduzido também na legislação dos Estados, como preleciona o art. 2º, inciso V da referida lei, que promove a articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, visando a compatibilização de normas e tarefas afins aos diversos Sistemas, nos planos federal, estadual, distrital e municipal.

O processo de formação político-histórico brasileiro trazem heranças de governos monárquicos e militares, a democracia é uma página recente da história. As ações feitas ao longo da história repercutem ainda hoje numa cultura obscura arraigada no coração da Administração.

A transparência é quesito básico da Democracia, tem a finalidade precípua de tornar públicas as ações do governo de forma aberta e segura. Publicidade essa que já traz embutida uma forma de controle das ações do governo, uma vez que nenhum gestor quer publicar Prestações de Contas contendo vícios. Bonavides (2007, p.307) conclui o legado do referido período histórico da seguinte forma:

O nosso País traz do fundo da história, quais estigmas indelévels, as antecedentes de um autoritarismo jamais ultrapassado e sempre a renovar-se, em estado crônico de fermentação e perpetuidade. Quando nos arremessam esse argumento sombrio da incompatibilidade profunda da verdade histórica com o sonho de instituições políticas livres e legitimamente atadas ao consentimento dos governantes, realmente, o peso dessas reflexões nos aflige, mas não esmaga nossa fé nem anula nossa esperança de que o futuro há de ser diferente.

Diante dessa necessidade de cumulação de esforços por parte dos Estados em dispor sobre a atuação dos Órgãos de Controle Interno, foi criado em 2007, o Conselho Nacional de Controle Interno (Conaci), com a missão de fortalecer o Controle Interno no panorama nacional. Tendo por objetivo de combater a corrupção, ampliar a transparência e fortalecer o controle social. O Conaci visando atender sua missão institucional editou o Manual de Controle Interno (2018), no item 4.4, elenca as macrofunções de atuação, que pode abarcar outras além das aqui descritas, a saber: Auditoria Governamental, Controladoria, Corregedoria, Ouvidoria, Combate à Corrupção e Transparência.

Segundo o Manual, a macrofunção de Auditoria Governamental – tem o propósito de avaliar os controles internos administrativos dos órgãos e entidades jurisdicionados, enquanto a Controladoria – objetiva orientar e acompanhar a gestão governamental; A Corregedoria – atua com a intenção de apurar os ilícitos praticados, assim como a responsabilização dos envolvidos; A Ouvidoria – se faz presente por meio da participação popular, tal função fomenta o controle social por meio de denúncias. A função Combate à corrupção – viabiliza procedimentos que garantam a impessoalidade e o interesse público; e por fim a função de Transparência – tem por finalidade fomentar o controle social.

O Estado aparelhado com órgãos de Controle Interno atuantes, não afastam o controle popular, Bonavides (2007) afirma:

Só debaixo do controle dos mecanismos de consulta popular, de operatividade sempre disponível perante questões controvertidas ou outras que não o sejam, mas aparelhadas de elevado grau de relevância, onde a decisão soberana do povo se faz insubstituível para conferir legitimidade à ação governativa, é que o funcionamento das Casas legislativas poderá ainda sobreviver com a finalidade complementar ou subsidiária de adequação efetiva à vontade popular (p 500).

Com o crescimento da máquina estatal, a diversidade de serviços prestados da estrutura organizacional, surgiu então, a figura dos órgãos de controle interno. E por meio deles, a própria administração fiscaliza seus atos, visando garantir o direito dos administrados. Para aproximar a realidade conceitual/escrita à realidade prática é que existem as funções de controle. Logo, somente o controle dos atos e fatos administrativos, juntamente com a colaboração de todos que fazem parte da Administração Pública é que será real a justiça, a equidade, a garantia dos direitos fundamentais e vários outros valores distantes do cotidiano social. O controle deve ser praticado diuturnamente, em todas as atividades de todas as instâncias administrativas dos três poderes.

CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL: COMPOSIÇÃO E ESTRUTURA DA CONTROLADORIA GERAL DO PIAUÍ

1.1 Cenário Regional: Atuação da Controladoria Geral do Estado do Piauí no Contexto dos Órgãos de Controle no Nordeste

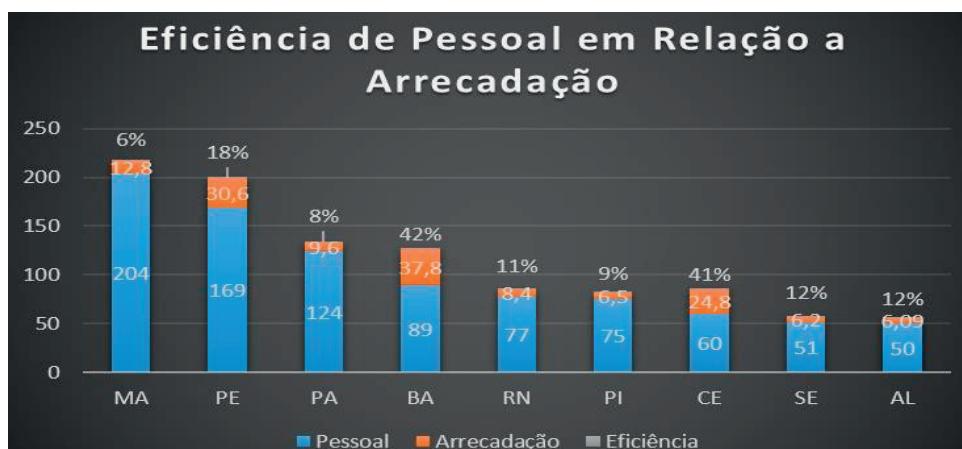
Na região Nordeste, todos os estados possuem órgão de controle interno, tendo origem sob o domínio inicialmente das Secretarias de Fazenda (SEFAZ) no âmbito dos Estados – o Estado da Bahia é o único que ainda permanece, com a denominação de Auditoria Geral do Estado, sendo seu dirigente um auditor. Seguindo para um estágio de maior liberdade, buscando uma autonomia, a maioria dos Estados decidiram pela criação da Controladoria Geral (CGEs), podemos citar: Rio Grande do Norte (1997- sendo a segunda controladoria do Brasil a ser instituída), Alagoas e Ceará (2003), Piauí (2004) todos eles órgãos independentes e dirigidos por um Controlador Geral.

Por seu turno temos órgãos de controle sob outras denominações como: as Secretarias de Transparência e Controle no Maranhão (2015) criada a partir da fusão da CGE e a COGE (Corregedoria Geral do Estado), e no Estado de Sergipe a partir da respectiva CGE, em ambos o dirigente do órgão é um secretário. Ressalva Jacoby Fernandes apud Luiz Henrique Lima (2011), que não basta uma estrutura formal dentro do organograma administrativo, no cumprimento de sua missão é necessário aparelhamento, servidores de carreira e remuneração adequada.

Os órgãos em quantidade decrescente do número de servidores, no exercício de 2019 – dados colhidos no portal da transparência do respectivo ente – versus a arrecadação de receitas por estado disponível no sítio da receita federal, podemos citar: Maranhão – servidores: 204 e 12,8 bilhões, Pernambuco – 169 versus 30,6 Bi, Paraíba – 124 perante 9,6 Bi, Bahia – 89 contra

37,8 Bi, Rio Grande do Norte – 77 diante de 8,4 Bi, Piauí – 75 ante 6,5 Bi, Ceará – 60 e 24,8 Bi, Sergipe – 51 versus 6,2 Bi e Alagoas – 50 servidores contra 6,09 Bi. É possível visualizar que não há uma distribuição proporcional de pessoal atuando no controle do gasto público ante o volume de recursos.

Gráfico 1 – Região Nordeste: Arrecadação x Pessoal



Fonte: Elaborado pelo autor (2021) a partir de dados colhidos nos sítios oficiais dos Órgãos de Controle de cada Estado referente ao exercício do ano de 2019.

* Valores de arrecadação em unidade de bilhões de reais.

O Estado da Bahia possui a maior arrecadação, e ocupa a quarta colocação em quantidade de servidores, mas possui a maior eficiência (42%) considerando apenas essas duas variáveis envolvidas, reservando o fato de o órgão não ser independente, pertencente ainda a estrutura da Secretaria de Fazenda. O Estado do Piauí visualizado a partir dessas variáveis apresenta-se com eficiência mediana (9%), junto com outros 6 (seis) Estados contando eficiência abaixo de 12%, figurando em última posição o estado do Maranhão (eficiência 6%).

O controle interno para Giovanni Pacelli (2020) divide-se em 03 (três) categorias: operacional – visando o alcance dos objetivos da entidade, contábil – pertinente a confiabilidade dos relatórios contábeis e normativo – atentando para uma atuação objetivando a legalidade. Ao analisar as leis e decretos estaduais, que instituem os órgãos de controle, é possível verificar que embora o Manual de Controle do CONACI defina 06 (seis) macrofunções, em âmbito estadual suas atuações gravitam em 04 (quatro) macrofunções: auditoria, controladoria, ouvidoria e corregedoria. Tendo alguns estados incorporado apenas recentemente as funções de corregedoria e ouvidoria como por exemplo os Estados de Sergipe (2018), Maranhão e Piauí (2019).

Em relação ao critério Transparência, a Região Nordeste, em virtude da evolução dos estados em relação ao acesso a informação monitorado pela Escala do Brasil Transparente (EBT), desenvolvida pela Controladoria Geral da União (CGU) com o fim de medir transparência de Estados e Municípios, avaliando o grau de cumprimento dos dispositivos da Lei de Acesso a Informação. A divulgação de sua 1ª edição em maio de 2015 retratou que a região continha estados com o menor grau de transparência, entretanto na 3ª edição publicada em 2017 (1º semestre) demonstrou que todos os estados obtiveram notas acima de 8,88, numa escala que vai de 0 a 10. A avaliação do grau de transparência é relevante para atuação dos órgãos de controle,

especialmente no período atual de enfrentamento de pandemia. A recessão econômica nos períodos de 2014 e 2020, ocasionadas por duas crises, uma gerada a partir de uma bolha inflacionária e outra de uma pandemia, respectivamente. Desde o primeiro período de crise houve uma maior preocupação com a alocação do patrimônio público, partindo de uma visão regional da gestão dos recursos, refletido em nível local, Estado do Piauí, com a incorporação das funções de corregedoria e ouvidoria, por meio da edição da Lei Complementar 241 de 22 de abril de 2019. Tal norma amplia os poderes do órgão de controle, assim como, o fomento à transparência governamental, o controle social e a discussão sobre a participação da sociedade no controle interno com foco no controle do gasto e a observância da legalidade para prática de atos.

1.1 Composição e os princípios de gestão da CGE PI

A Controladoria Geral do Piauí foi criada no ano de 2003 por meio da edição de Lei Complementar (LC) Estadual nº 28, alterada pela LC 42/2004. A CGE/PI é o órgão Central de Controle Interno do Poder Executivo Estadual, atuando precipuamente desempenhando funções de *staff*, em especial controle interno e auditoria, a estas duas funções foram incorporadas a atuação da CGE, somente no ano de 2019, as funções de corregedoria e ouvidoria com a publicação da LC nº 241/2019. Tem sua atuação disciplinada em Regulamento, registrada pelo Decreto Estadual nº 11.392/94.

Conforme o Relatório de Atividades (2016), os princípios que pautam a prestação dos serviços da Controladoria do Estado são: Ética; Sigilo Profissional; Integridade (honestidade, verdade, consistência, fundamentação); Transparência; Prevalência do interesse público; Excelência na Gestão; Foco nos resultados; Imparcialidade; Independência; Inovação; Integração Profissional; Impessoalidade; Legalidade; e Moralidade.

O quadro técnico de pessoal é oriundo da Secretaria de Fazenda do Estado do Piauí, quando inicialmente era apenas Divisão de Auditoria nos anos 80, logo após, foi transformada, por meio da Lei nº 4.475/92 em Departamento de Auditoria. E em 2003 com publicação da lei de criação da CGE, os servidores que já

atuavam no controle da Administração do Estado foram migrados em caráter definitivo. Em 2005 houve aprovação do Plano de Cargos e Carreira da Auditoria Governamental da CGE. E em 2012, a independência da CGE foi fortalecida com a Emenda nº 38/12 (Constituição Estadual), que o Gestor Estratégico Maior – Controlador Geral

– deve ser nomeado dentre os servidores do quadro efetivo e com mandato de 3(três) anos (estabilidade).

A estrutura da Controladoria Geral do Estado está organizada em uma estrutura hierarquizada tendo como titular da CGE – o Controlador – Geral:

Figura 01: Organograma Controladoria Geral do Estado do Piauí



Fonte: Relatório Interno de Atividades – CGE/PI (2016).

Uma divisão hierarquizada favorece a distribuição de trabalho dentro das equipes, seguindo em atividades estratégicas – formulação de orientações técnicas (representados no organograma pela: Assessoria Técnica, Núcleo de Controle de Gestão e Escritório de Projetos), táticas – planejamento de ações e monitoramento de resultados (Gerências) e operacionais – controle preventivo das ações do Governo (Coordenações).

1.3 Funções e Objetivos da Controladoria Geral do Piauí – CGE PI

Atualmente a Controladoria Geral do Piauí – CGE desempenha suas atividades em um escopo de 04 (quatro) macrofunções: Auditoria, Controladoria, Ouvidoria e Corregedoria. Porém, tal área de atuação foi conquistada ao longo de sua jornada desde a sua criação em 2003. Em alinhamento as funções desempenhadas pelos Órgãos de Controle nacionais, no ano de 2019 houve reforma administrativa do Executivo piauiense, com a publicação da Lei Complementar nº 241 de 22 de abril daquele ano. Nesta reforma a CGE que atuava a priori em caráter preventivo, conforme o Relatório de Gestão Piauí (2019), passou a ser um órgão de caráter consultivo ao agregar as funções de Ouvidoria e Corregedoria.

O Decreto-lei nº 17.526 de 04 de dezembro de 2017 que reestrutura o Sistema de Controle Interno no Estado do Piauí, em seu artigo 2º traz os objetivos gerais que devem ser acossados na sua atuação:

I - eficiência, eficácia e efetividade operacional, mediante execução ordenada, ética e econômica das operações;

II - integridade e confiabilidade da informação produzida e sua disponibilidade para a tomada de decisões e para o cumprimento de obrigações de *accountability*;

III - conformidade com leis e regulamentos aplicáveis, incluindo normas, políticas, programas, planos e procedimentos de governo e da própria instituição; e

IV - adequada salvaguarda e proteção de bens, ativos e recursos públicos contra desperdício, perda, mau uso, dano, utilização não autorizada ou apropriação indevida; V - caráter preventivo do controle prévio, concomitante e superveniente.

A Controladoria atua em parceria com os Núcleos de Controle Interno de cada órgão e entidade do Poder Executivo Estadual, para o cumprimento de sua missão institucional - formando o Sistema de Controle Interno - SCI. O artigo 19 do Decreto-lei nº 17.526/2017 apresenta uma ferramenta eletrônica denominada Sistema Integrado de Controle Interno - SINCIN, que viabilizando o exercício das atividades de controle, assim como, facilitar o monitoramento da execução orçamentária (receitas e despesas).

Ante outros sistemas de informação utilizados no Estado - como SEI e Siafem, o SINCIN

- foi implementado em 2019 - com o objetivo de prestar contas referente a convênios, contratos e parcerias. E conforme o Relatório de Gestão Piauí (2019), conferiu padronização das prestações de contas e facilitou o processamento de uma fiscalização, assim como a verificação em tempo real da realização de despesas e pagamentos.

4. DISCUSSÃO DA ATUAÇÃO E DOS RESULTADOS PUBLICADOS PELA CONTROLADORIA GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ NO PERÍODO 2015-2020

Foram utilizados dados consolidados em Balanços referente ao período 2015 a 2020, disponibilizados em endereço eletrônico da Secretaria de Planejamento do Estado do Piauí (GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ, 2021) e banco de dados do Conselho Nacional de Controle Interno - CONACI. Nestes Relatórios de Gestão foram agrupados dados de diversos órgãos governamentais, com ênfase em suas principais ações. A atuação da Controladoria Geral do Estado (CGE), por meio de suas recomendações, confere uma aplicação prática, mais assertiva na execução orçamentária, observando o cumprimento das normas em vigor.

As variáveis analisadas neste trabalho são a estimativa de economia total gerada no exercício e o volume de recursos fiscalizados no período supracitado. Apesar dos Balanços mencionarem outros montantes de valores fiscalizados e economizados para obras, licitações e convênios, eles precisaram ser ignorados pois não são reproduzidos em todos os documentos, inviabilizando uma análise horizontal da execução orçamentária.

No Exercício de 2015 foram fiscalizados (em reais) mais de meio bilhão, com potencial de economia de 59 milhões, numa atuação preventiva e concomitante acompanhando a execução da despesa pública. Já no Exercício de 2016, o montante analisado alcançou o patamar de 823 milhões de reais, alcançando uma economia de 66,7 milhões de reais para os cofres públicos. A partir desse ano, iniciou-se o monitoramento de contratos de algumas parcerias público-privadas e outras obras estratégicas.

O Ano de 2017 foi o que teve uma maior economia de recursos gerada a partir do trabalho de fiscalização promovido pela CGE. Dos 826 milhões de reais fiscalizados, alcançou-se uma economia de 165 milhões de reais, atingindo aproximadamente 20% de eficiência. Este fato coincide com a adoção por aquele órgão de um processo eletrônico (Sistema Integrado de Controle Interno - SINCIN), que permitiu reduzir drasticamente o tempo de análise dos processos de contratações e pagamentos.



Gráfico 2 - Análise Horizontal da Eficiência da Economia de Recursos

Fonte: Elaborado pelo autor (2021) a partir de dados colhidos nos sítios SEPLAN-PI e CONACI referente ao período de 2015 a 2020.

* Valores de Volume Fiscalizado e de Economia anual em unidades de milhões de reais.

No Exercício de 2018, o volume fiscalizado foi semelhante aos dois anos anteriores, cuja cifra alcançou 800 milhões de reais, relacionada a licitações e prorrogações de contratos, com potencial de economia de 65 milhões. Já no Exercício de 2019, o montante analisado alcançou o patamar de 600 milhões de reais, alcançando uma economia de 100 milhões de reais para os cofres públicos. Nesse mesmo ano houve uma reforma administrativa no Governo do Piauí que promoveu mudanças nas competências da CGE, tornando-a um órgão preventivo e consultivo. A partir desse ano, iniciou-se o monitoramento de contratos de algumas parcerias público-privadas e outras obras estratégicas.

O ano de 2020 foi o que apresentou o maior volume de recursos fiscalizados. Porém, no mesmo período, o grau de eficiência em economia de recursos foi o menor da série analisada. Este ano coincidiu com a chegada, no Brasil, da pandemia de COVID-19 no primeiro trimestre. Criou-se um sítio específico para promover transparência dos gastos públicos com a pandemia (<http://coronavirus.pi.gov.br/>). Contudo o recurso encontra-se desativado, fato que impede o acompanhamento pelo cidadão das receitas públicas aplicadas no enfrentamento da pandemia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto regionalizado dos órgãos de controle foi possível verificar que não há relação direta da quantidade de servidores perante a administração do patrimônio estatal, dito de outra forma que não há uma distribuição proporcional de pessoal atuando no controle do gasto público ante o volume de recursos – o Estado com maior Arrecadação (Bahia – 1º), não é o Estado que possui um maior quadro de pessoal (Maranhão – 1º). O Estado do Piauí apresenta-se com eficiência mediana (9%), junto com outros 6 (seis) Estados contando eficiência abaixo de 12%,

No tocante a transparência do gasto público, a Escala do Brasil Transparente (EBT), desenvolvida pela Controladoria Geral da União (CGU) primeiro semestre de 2017 demonstrou que todos os estados obtiveram notas acima de 8,88, numa escala que vai de 0 a 10. Vale ressaltar iniciativa gloriosa no exercício de 2020, quando os efeitos da pandemia COVID-19 impactaram o Estado do Piauí, de criação de um sítio específico com o fim de informar a aplicação de recursos à população. Contudo, a desativação do link da aba referente à transparência, que mostrava as despesas no enfrentamento da pandemia, inviabiliza sobremaneira o controle social.

O Órgão de Controle Interno Piauiense possui criação recente 2003, e em menos de duas décadas vem se estruturando/fortalecendo, conseguiu apilar sua área de atuação, agregando às suas atribuições, em 2019 com a Lei nº 241, as funções de Ouvidoria e Corregedoria. A estrutura atual conta com um quadro de pessoal de 75 (setenta e cinco) servidores, gerando resultados que ao longo dos últimos 5 anos (período 2015 a 2020), vem num *continuum* progressivo de controle do gasto público, como por exemplo o exercício de 2020 – uma economia superior a R\$ 386 milhões por meio de um trabalho árduo de análises e revisões nos valores de contratos e procedimentos efetuados em 46 órgãos.

Quanto a resposta que suscitou este artigo “A Controladoria Geral do Piauí (CGE-PI) constitui-se de forma autônoma e estruturada e consegue atuar de modo a maximizar os resultados da Administração Pública?” Sim. A CGE-PI dispõe de autonomia, já se encontra há 18 anos apartada da estrutura da Secretaria de Fazenda, possui estrutura física e quadro de pessoal organizado, no período analisado (2015 a 2020) apresentou resultados satisfatórios no que tange a economia de recursos públicos. Visto por outro prisma houve recuo, uma involução, como observada no sítio criado para prestar contas referente a COVID-19. Entretanto, dada a continuidade dos serviços público, este trabalho não é um fim em si mesmo, é apenas um recorte da realidade do Controle Interno do executivo estadual, que pode servir de base para outros trabalhos, afinal, a eficiência na nova Gestão Pública do Piauí é um exercício de deontologia, um eterno “dever ser” para aprimoramento do Controle Interno.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tais Savedra de. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA CONSTITUCIONAL: UMA RELEITURA A PARTIR DA INTERDISCIPLINARIDADE. *Argumenta Journal Law*,

Jacarezinho – PR, n. 18, p. 77-90, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:

<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/4-18>>. Acesso em: 23 jun. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i18.286>.

BARBOSA, Bernardo Souza. O consequencialismo e a mitigação das perdas no controle de contratos administrativos pelo Tribunal de Contas da União / Bernardo Souza Barbosa. – 2020. 107f. Orientador: Carlos Ari Vieira Sundfeld. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

BEOLCHI, João Batista. **GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA**. in Controle da administração pública / coordenação Eloísa Machado. – São Paulo : FGV Direito SP, 2014. 184p.

Boletim Macro FGV/IBRE Dezembro 2020. Disponível em:

<https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-12/boletimmacroibre_2012.pdf> Acesso em 21 de jun de 2021.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. Malheiros Editores Ltda. 6 ed. São Paulo 2007. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI N° 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em 13/07/2020.

BRASIL. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>. Acesso em 02 de maio de 2021.

BRASIL. Lei de acesso a informação (LAI). Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 14/06/2021.

BRASIL. Lei Anticorrupção (LAC). Lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 14/06/2021.

BRASIL. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei n° 14.133, DE 1° de abril de 2021.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 14/06/2021.

Cabral, Flávio Garcia. Conteúdo jurídico da eficiência administrativa: uma análise lógico- semântica e pragmática. 2017. 276 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração geral e pública.. - 2.ed. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2008. (Provas e concursos) 4. Reimpressão.

Conaci _ Resolução n° 001/2013. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Controle Interno - CONACI. Disponível em: <http://www.conaci.org.br/regimento-interno>. Acesso em 21 de jun de 2021.

Comunicado de Datação de Ciclos Mensais Brasileiros - Jun/2020 - CODACE. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-06/comunicado-do-comite-de-datacao-de-ciclos-economicos-29_06_2020-1.pdf. Acesso em 21 de jun de 2021.

Comunicado de Início de Recessão - Ago/15 - CODACE. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-03/comite-de-datacao-de-ciclos-economicos-comunicado-de-4_8_2015.pdf. Acesso em 21 de jun de 2021.

Constituição do Estado do Piauí 2013. Disponível em:

<http://www.cge.pi.gov.br/legis/legislacao/constituicao-do-estado-do-piaui-2013.pdf>. Acesso 21 de jun de 2021.

COSTA, Giovanni Pacelli Carvalho Lustosa da. Contabilidade Pública 3 D. - 3 ed. rev. e atual.

--Salvador : Ed. Juspodium, 2020.

Decreto 17.527/2017. Restutura o Sistema de Controle Interno. Disponível em <http://www.cge.pi.gov.br/index.php/publicacoes/category/84-manuais-operacionais?download=434%3Adecreto-no-17526-2017-reestrutura-sistema-de-controle-interno>. Acesso 21 de jun de 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Escala Brasil Transparente. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/transparencia-publica/escala-brasil-transparente>. Acesso 22 de jun de 2021.

FERREIRA JUNIOR, Rubens. Estruturação da administração pública diante do regime de cargos públicos: novos parâmetros para uma antiga ideia. 2017. 252 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

FGV. **RETROSPECTIVA 2020**: Websérie discutiu impactos da COVID-19 na sociedade. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/retrospectiva-2020-webserie-discutiu-impactos-covid-19-sociedade>. Acesso 21 de jun. de 2021.

GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ. Secretaria de Estado do Planejamento. **Mensagem do Governador**. [S. l.], 2021. Disponível em: <http://www.seplan.pi.gov.br/mensagem.php>. Acesso em: 18 jun. 2021.

Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo (livro eletrônico). 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAKATOS, Eva Maria et al. Fundamentos de metodologia científica. – 5. ed. – São Paulo : Atlas, 2003.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 23.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1252

MATIAS-PEREIRA, Jose. Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil 3 ed – São Paulo: Atlas, 2006.

Lima, Luiz Henrique. Controle Externo: Teoria , legislação, jurisprudência e mais de 450 questões – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PAIVA, Simone Bastos et al. Uma discussão acerca da não-definição de despesas públicas na legislação da área de Contabilidade Pública in Revista Brasileira de Contabilidade – Conselho Federal de Contabilidade ANO XXXVII n° 171 maio/junho 2008. Pag. 69-81.

PALUDO, Agostinho Vicente. **Administração Geral e Pública para AFRF e AFT – 2**. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PESSOA, Samuel de Abreu. A Crise Mundial de 2007-2008 e seus Impactos na Economia Brasileira. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16827/A%20Crise%20Mundial%20de%202007-2008%20e%20seus%20Impactos%20na%20Economia%20Brasileira-%20Samuel%20Pessoa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso 21 de jun de 2021.

SILBER, Simão Davi. **A economia mundial após a crise financeira de 2007 e 2008**. Revista USP, n . 85, p. 82-93, 2010. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13800/15618>>. Acesso em 27 de maio de 2021.

SIMIONI, Christiane. **A qualidade do gasto público no âmbito estadual E o papel dos órgãos de controle** in Controle da administração pública / coordenação Eloísa Machado. – São Paulo : FGV Direito SP, 2014. 184 p.

ALGORITMOS DISCRIMINATÓRIOS: UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E OS DIREITOS GARANTIDOS PELA LGPD

Clarisse Barbosa Sepulveda Sousa

Resumo

Diante do contexto em que a sociedade e as tecnologias estão cada vez mais próximas e interagindo entre si, a pesquisa propõe a investigar se existe a discriminação algorítmica na inteligência artificial. Assim, o trabalho tem como objetivo explorar sobre os vieses discriminatórios dos algoritmos que influenciam na tomada de decisão e conseqüentemente, influenciam na vida das pessoas. E posteriormente, analisar a LGPD, demonstrando os direitos assegurados aos titulares de dados. A metodologia utilizada é a exploratória e qualitativa, em que será utilizada uma revisão bibliográfica, com foco em artigos científicos, monografias, dissertações de mestrado, doutrinas, assim como leis e outros regulamentos. Concluiu-se que os algoritmos não são neutros pois eles tomam suas decisões através dos próprios vieses. Além disso, a LGPD representa um importante avanço na proteção dos dados pessoais dos indivíduos, mitigando esses vieses a medida em que impõe auditorias e investigações aos que detêm os dados, a fim de que os direitos sejam assegurados e respeitados como dispõe a legislação.

Palavras-chave: Discriminação; Algoritmos; Inteligência Artificial; LGPD

Abstract

Given the context in which society and technologies are increasingly closer and interacting with each other, the research proposes to investigate whether there is algorithmic discrimination in artificial intelligence. Thus, the work aims to explore about the discriminatory biases of algorithms that influence decision making and consequently, influence people's lives. And subsequently, analyze the LGPD, demonstrating the rights assured to data subjects. The methodology used is exploratory and qualitative, in which a bibliographic review will be used, focusing on scientific articles, monographs, master's dissertations, doctrines, as well as laws and other regulations. It was concluded that algorithms are not neutral as they make their decisions through their own biases. Moreover, the LGPD represents an important advance in the protection of individuals' personal data, mitigating these biases to the extent that it imposes audits and investigations on those who hold the data, so that the rights are ensured and respected as provided by law.

Keywords: Bias; Algorithms; Artificial Intelligence; LGPD

1 INTRODUÇÃO

A sociedade tem se desenvolvido ao longo do tempo e, junto dela, as tecnologias tem avançado como a inteligência artificial (IA), um ramo da ciência da computação. A IA atualmente está presente de várias maneiras na vida dos seres humanos e, mesmo sem perceber, influencia-os e os controla. As informações transmitidas por esse tipo de inteligência estão associadas a vários assuntos, como: raça, gênero, classe social, idade e outras particularidades específicas do ser humano. Dependendo do tipo de dados que os sistemas utilizem e com que são nutridos, eles podem absorver e a partir disso sofrer modificação, reproduzindo resultados negativos e tendenciosos, que priorizam alguns grupos sociais e refletem o que já ocorre na sociedade, como o racismo.

A partir de uma situação como essa surge o Direito, como forma de garantir a segurança da organização social. Assim, conforme a sociedade vai se desenvolvendo, o Direito precisa acompanhá-la e seguir atualizado frente às mudanças frenéticas. Por consequência, foi necessária a elaboração de uma norma que proporcionasse ao cidadão brasileiro uma maior proteção aos dados pessoais, considerados sensíveis. Assim, nasceu a Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), promulgada com o intuito de dar maior segurança jurídica na proteção dos dados pessoais.

A partir disso, o intuito deste trabalho é analisar se existe discriminação algorítmica na inteligência artificial, bem como o risco causado aos direitos fundamentais e como a LGPD pode ser uma ferramenta no combate a esse viés discriminatório. Para a execução desta pesquisa foi utilizado o método exploratório e qualitativo, em que se realizou uma revisão bibliográfica, com foco em artigos científicos, monografias, dissertações de mestrado, doutrinas, bem como leis e outros regulamentos.

2 INTELIGENCIA ARTIFICIAL: CONCEITO, TECNOLOGIAS E CARACTERÍSTICAS

Ao pensar em inteligência artificial vem à mente da maioria das pessoas imagens de um futuro tecnológico, como visto em grandes filmes de ficção científica, com carros voadores, cidades modernas e inteligentes. A IA, no entanto, não se resume a isso, mas representa também sistemas e máquinas que imitam uma inteligência similar à humana, a qual realiza tarefas e pode aprimorá-las com base nas informações que recebe.

Não há um consenso sobre o conceito de inteligência artificial, pois, por englobar vários sentidos, não tem como delimitar o seu conteúdo e enquadrá-la a um só conceito. Segundo Ben Coppin (2013, p. 4), uma simples definição para Inteligência Artificial seria: "o estudo dos sistemas que agem de um modo que a um observador qualquer pareceria ser inteligente".

Neste trabalho a definição mais próxima ao que está sendo tratado é a de Franco (2017, p. 15, *apud* Fernandes, 2008) que define a IA como:

[...] a parte da ciência da computação voltada para o desenvolvimento de sistemas de computadores inteligentes, isto é, sistemas que exibem características que estão associadas à inteligência no comportamento humano, como compreensão da linguagem, aprendizado, raciocínio, resolução de problemas, entre outros.

Ademais, essa definição corrobora com a ideia de a inteligência artificial está baseada em comportamentos humanos, sendo entendida melhor dessa forma. A inteligência artificial já é uma realidade, visto que é possível interagir em várias situações e contextos, semelhante à habilidade de raciocinar do ser humano, podendo até mesmo superá-lo, tendo em vista a velocidade e precisão com que irá chegar a uma conclusão (CANTALI, 2018). E, diante do desenvolvimento acelerado das tecnologias como um todo, a sociedade tende a acompanhar e crescer junto dela.

A sociedade de hoje é impulsionada diariamente pelo desenvolvimento das tecnologias, como a inteligência artificial. As novas máquinas não se comparam as máquinas da primeira ou segunda revolução industrial, que faziam apenas trabalhos manuais. Apesar disso, utilizando-se da inteligência, estão absorvendo e aprendendo o que lhe é ensinado, como no caso do *Machine Learning*, como veremos melhor a seguir.

2.2 Machine learning

Segundo Mueller e Massaron (2019), o aprendizado de máquina - *machine learning* -, utiliza-se de algoritmos para analisar grandes números de dados, podendo explorá-los de forma mais rápida que o ser humano. Assim, entende-se que o aprendizado de máquina é um sistema a partir dos dados que recebe e diante de treinamentos, o que resulta na sua tomada de decisão.

Por exemplo, no caso do ser humano que, quanto mais executa uma determinada atividade, mais aprimora-se em razão do grande número de repetições. No que se refere ao aprendizado de máquina, há finalidade de construir programas que aprimorem seu desempenho através de exemplos (LUDERMIR *apud* MITCHELL, 1977).

Para Lenz *et al* (2020, p. 15):

A máquina precisa ser programada, ou seja, orientada sobre a forma que deve proceder com as informações que recebe. Para tanto, dispõe de um conjunto rígido de instruções para que, quando organizados de forma lógica, possam efetuar o trabalho esperado. Já o homem toma decisões e analisa o mundo ao seu redor a partir de regras nem sempre tão fáceis de identificar [FACELI *et al.*, 2011]. Assim, apesar de a máquina poder processar quantidades elevadas de informação, ela depende diretamente da qualidade do algoritmo desenvolvido e das ferramentas ou sensores associados a ela. Em outras palavras, a diferença entre uma máquina eficiente e outra ineficiente passa pela habilidade do desenvolvedor.

Logo, entende-se que o *machine learning* é uma vertente da inteligência artificial, na qual as decisões tomadas pelos algoritmos terão como base o aprendizado com dados, em que deverão ser de qualidade para apresentar um bom resultado. Isso, perante a tomada de decisão que terá o mínimo ou nenhuma intervenção humana.

O aprendizado de máquina se divide em três categorias: (i) aprendizado supervisionado; (ii) aprendizado não supervisionado e (iii) por reforço. O algoritmo será classificado como supervisionado quando a máquina só tiver como aprimorar sua performance de previsão, ao ser informado a ela de forma direta os valores que se esperam na saída (LENZ, 2020).

No tocante a segunda categoria, modelo de algoritmo não supervisionado, ele recebe vários exemplos não rotulados, a partir dos quais poderá aprender novas representações ou aprender um modelo gerativo, diante das probabilidades, a partir das amostras que podem ser geradas (RUSSELL; NORVING, 2022). Nesse caso, o algoritmo pode gerar vários resultados com os mesmos conjuntos.

A terceira e última categoria, aprendizado por reforço, objetiva reforçar ou reduzir as características do modelo diante dos resultados que recebeu (LENZ, 2020). Ou seja, "o algoritmo faz uma hipótese baseado nos exemplos e determina se essa hipótese foi boa ou ruim" (LUDERMIR, 2021, n.p).

Como já visto, a inteligência artificial possui um conceito amplo e disso surge as vantagens da aplicação do *machine learning*, porque aumenta a eficiência diante da sua velocidade e capacidade com grandes dados. Mas o aprendizado de máquina não é suficiente, pois existem sistemas que demandam de uma complexidade bem maior. É diante da necessidade de um novo sistema para tratar uma abordagem mais específica e complexa que a inteligência artificial ampliou-se e surgiu o *deep learning*.

2.3 Deep learning

O *deep learning* ou aprendizagem profunda é um subcampo do aprendizado de máquina, que utiliza uma tecnologia mais complexa e é baseado em redes neurais artificiais (ARNs). Ele faz uso de várias áreas de conhecimento como: reconhecimento de imagens, faciais, de áudio e de caracteres. Atualmente, as grandes empresas têm utilizado essa técnica para se desenvolver ainda mais, de acordo com Jost (2015, p.21):

Google, com carros que dispensam motoristas, óculos-computadores e algoritmos de seu motor de buscas; Microsoft, com o Projeto Adam, ferramenta que promete eficiência e rapidez no reconhecimento visual; e Baidu que criou um laboratório de Deep Learning para seus projetos, que também incluem motor de buscas e carro inteligente.

O aprendizado profundo apareceu pela primeira vez em 1943, quando Warren McCulloch e Walter Pitts através da matemática e de algoritmos criaram um sistema de computação que replicava redes neurais. Poucos avanços foram feitos nos anos de 1950, 1960, 1970 e 1980. Em 1999, aconteceu o maior progresso para o *deep learning*: a velocidade de processamento do computador e as unidades de processamento de gráfico foram criadas (TIBCO, *online*).

Tem-se que à medida em que a sociedade vai se desenvolvendo essas tecnologias vão no mesmo sentido. E, no caso do *deep learning*, é um tipo de sistema bem mais avançado, se comparado ao *machine learning*, o qual se refere a redes neurais artificiais. As RNAs são exemplos de aprendizagem de máquina fundamentada na atividade das redes de neurônios biológicos, da mesma forma que as do cérebro humano (PACHECO; PEREIRA, 2018).

Para mais, mesmo o *deep learning* sendo um tipo de inteligência artificial bem aprimorada, uma área mais profunda do que o *machine learning*, ainda assim, diante da evolução tecnológica e visando inteligências com novas características, surge o Big Data, o qual produz grandes números de dados que surgem em velocidade elevada.

2.4 Big data

O termo Big Data se refere ao conjunto de dados cujo volume está além da capacidade de ferramentas utilizadas por bancos de dados para capturá-los, analisá-los e gerenciá-los, de acordo com Lima Junior (2011). Silva Junior *et al* (2020, *apud* Kitchin) elaboraram uma lista com algumas características para definir o big data:

Enorme em volume, composto por terabytes ou petabytes de dados; Alta velocidade, sendo gerados praticamente em tempo real; Diverso, sendo de natureza estruturada ou não estruturada; Exaustivo em escopo, pois busca capturar populações ou sistemas inteiros; Refinado em resolução, ou seja, busca ser o mais detalhado possível; De natureza relacional, contendo campos comuns que permitem a junção de diferentes conjuntos de dados. Flexível, sendo possível a adição de novos campos e escalável, permitindo a expansão do seu tamanho de maneira rápida.

De acordo com um estudo da Universidade de Portsmouth estima-se que em 350 anos o terá produzido uma quantidade de bits maior que o número de átomos existentes no planeta Terra (Vianna, 2021). Diante disso, fica demonstrada a quantidade de dados que surgem e se multiplicam devido a evolução tecnológica.

Neste sentido, apresenta Ira **Rubinstein, da New York University School of Law (2013, p.4)**, três características fundamentais. O primeiro elemento é a disponibilidade de dados em larga escala não apenas *online*, mas os que são coletados através da utilização de dispositivos móveis que possuem rastreamento de localização e milhares de aplicativos que compartilham dados (*IoT* - internet das coisas); o segundo traço caracterizador é a alta velocidade de processamento e armazenamento; e a terceira característica é a grande utilização de novas ferramentas ou estruturas computacionais na verificação e tratamento de informações.

Portanto, diante da variedade e velocidade utilizada pelo *big data* para processar seus dados, percebe-se que a utilização de técnicas simples de tratamento de dados não podem ser processados, pois há necessidade de novas tecnologias e técnicas de captura, análise e armazenamento de conteúdo. Isso faz com que a utilização dessas técnicas melhore a performance na tomada de decisão, proporcionando uma grande quantidade de informação e descobertas, otimizando, portanto, o processo.

A fim de que essa análise ocorra de forma consolidada no tratamento desses dados em crescimento, existem conceitos importantes, os 5 V's inaugurais do Big Data, que são: Volume, Velocidade, Variedade, Veracidade e Valor. No que tocante ao volume, é impossível não reparar na grande quantidade de dados que diariamente são gerados. Principalmente pela necessidade que as pessoas têm de interagir nas redes sociais, enviar e-mails, ligações telefônicas, postar fotos e vídeos na internet, gerando assim grandes números de dados no mundo contemporâneo.

Já a velocidade, é uma grande vantagem competitiva. Pois, após a atualização dos dados, esses precisam estar disponíveis em tempo real para cumprirem seu objetivo, o de orientar a tomada de decisão (SANTOS et al., 2021, p. 67). Diante dessa necessidade de gerar dados de maneira constante, o Big Data possui esse potencial.

No que concerne à variedade, como já mencionado, os dados são gerados de formas diferentes. ⁴³ E nesse caso é preciso decidir quais dados são relevantes, o que pode ser crucial para futuras necessidades ligadas a dados e informações; por isso essa é uma das fases mais complexas pois implica na seleção de dados” (SANTOS et al., 2021, p. 67).

Todavia, utilizar o dado por si só não é suficiente para agregar relevância ao sistema ou algoritmo. É necessário que ele tenha valor, ou seja, deve haver uma riqueza de dados, informações e saber o que se espera no resultado para armazenar dados variados que possam gerar uma percepção relevante.

Por fim, tem-se a veracidade, que diz respeito à credibilidade e importância dos dados coletados pelo ecossistema do *big data*. É fundamental checar a fonte e a veracidade dos dados extraídos que, posteriormente, serão inseridos nos algoritmos. Por isso, ⁴⁴ para colher bons frutos do processo de Big Data, é necessário obter dados verídicos de acordo com a realidade.” (MORAIS et al, 2018, p. 16).

Atualmente, quase tudo se torna ou gera dados, acessá-los e saber analisá-los é essencial para qualquer setor de negócio. Dessa forma, é extremamente importante que os algoritmos utilizem modelos de inteligência artificial com dados diversos, verdadeiros, ou seja, condizentes com a realidade a ser analisada, para que ele possa obter a melhor qualidade possível na decisão a ser tomada.

3 A inteligência artificial e casos de discriminação

É importante destacar que não existe um conceito acadêmico, específico, do que vem a ser Inteligência Artificial. Como já demonstrado, refere-se a uma área da ciência da computação e, por isso, tem como objetivo aprimorar sistemas computacionais que solucionem problemas. Mas, antes de adentrar na discussão sobre a IA e a sua relação com a discriminação algorítmica, necessita-se entender melhor o que é algoritmo.

3.1 Notas em torno dos algoritmos

Um algoritmo, de forma bem objetiva, nada mais é do que uma sequência finita de ações que soluciona um certo problema. Um exemplo disso é quando você acorda, arruma-se, sai de casa, dirige até um local, estaciona o carro, entra no estabelecimento e pede uma comida, percebe-se uma sequência de ações que almeja um resultado final, como o algoritmo. A diferença entre esse exemplo e o algoritmo de inteligência artificial é que este é muito mais complexo, além disso é capaz de tomar decisão sozinho.

Uma possível definição para o algoritmo como afirma Ramos (2017, *apud* Gillispie) pode ser: “(...) estruturas codificadas para a transformação de input (entrada) de dados num desejável output (saída), baseadas em cálculos específicos”. Contudo, deve-se ter cuidado com o que entra e sai dessas máquinas.

Dessa forma, é admissível afirmar que os algoritmos, através do *machine learning* e *deep learning*, conseguem chegar a possibilidades tendo como base em um conjunto de dados (SCHIPPERS, 2018). Como visto no início do texto, esses algoritmos, diante dos dados que recebem, podem aprender e a partir disso se aprimorar, recebendo supervisão ou não. Um grande problema em relação a esse processo de aprendizagem se dá quando, de maneira não supervisionada, nem mesmo os programadores conseguem entender como o algoritmo alcançou determinado resultado, chamado de algoritmos “caixa preta”.

Logo, pode-se notar um cenário bastante problemático no que diz respeito aos algoritmos de tomada de decisão independente e “caixa-preta”, pois são usados para definir perfis pessoais, profissionais, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade, termos esses apresentados pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n° 13.709/2018).

3.2 O conceito de discriminação algorítmica

Ao refletir sobre a palavra discriminação, tem-se a ideia de aversão a algo ou alguém, como em uma situação na qual uma pessoa é excluída por possuir determinada característica. Embora haja vários tipos de discriminação, a abordada aqui será acerca do resultado da discriminação contra uma determinada pessoa ou grupo de pessoas e o porquê de serem julgados a partir das características desse grupo.

O termo discriminação abrange vários significados, entretanto, no mundo contemporâneo possui um sentido específico e mais relevante, em que adquire uma conotação negativa, visto que implica em um tratamento intencional ocorrido de forma arbitrária (MOREIRA, 2017). Segundo Adilson José Moreira (2017, p. 27), “[...] ela indica que uma pessoa impõe a outra um tratamento desvantajoso a partir de um julgamento moral negativo.”

A discriminação negativa refere-se ao tratamento que viola os princípios de que todas as pessoas devem ser igualmente respeitadas. Ocorre quando alguém trata outra pessoa de forma arbitrária e intencionada, pois muitas vezes é estigmatizado pela sociedade e deliberado na medida em que buscam afirmar a inferioridade de um grupo, mantendo assim a posição privilegiada dos membros majoritários (MOREIRA, 2017).

Observa-se então que a discriminação é algo imposto por uma pessoa à outra, diante de um pensamento ou característica diferente. Isto é, ao existir esse “pré-conceito” é como se aquele que se distingue estivesse errado, como se houvesse uma só certeza. E isso resulta em um tratamento desigual para com o outro.

Sob a ótica dos conceitos já apresentados, percebe-se que a afirmação de que os algoritmos que fazem uso de tecnologias de Inteligência Artificial são neutros é falsa. Isso, pois os dados que compõem um algoritmo são formados por humanos, logo, será composto por contexto histórico, político e econômico destes humanos e, por consequência, interferirá no resultado - de maneira intencional ou não - deste algoritmo.

Diante dessa abordagem inicial sobre o termo discriminação, faz-se necessário esclarecer o tema central deste trabalho, discriminação algorítmica. Posto isso, compreende-se a discriminação algorítmica como “a discriminação baseada no tratamento automatizado de dados pessoais: o processo de tomada de decisão por algoritmos que resulta em um tratamento injusto para os afetados” (SCHIPPERS, 2018, p. 21).

O viés algorítmico pode surgir em dois momentos: (i) na criação e desenvolvimento do algoritmo, nos quais serão definidos os critérios a serem utilizados para a tomada de decisão e o grau de importância de cada um para a avaliação; e (ii) na formação da base de dados utilizada para o seu treinamento e funcionamento (SCHIPPERS, 2018).

Em relação ao primeiro momento do viés algorítmico, o enviesamento é capaz de acontecer na formação da base de dados que serão utilizadas para a tomada de decisão, pelos algoritmos. Nesse caso, quanto ao treinamento de dados é de extrema importância a utilização de exemplos, como forma de alimentar o sistema.

Entende-se ser um fator importante para os dados que servirão de base para o programa a diversificação, ou seja, possuir uma quantidade de dados que tratem de grupos distintos dentro do assunto que aborda.

Nesse ponto de vista afirma Maria Cristine Lindoso (2019, p. 62):

O impacto negativo da falta de representatividade dos dados é evidente, e gera um distanciamento, por parte do processo automatizado, da igualdade de gênero que deve ser perseguida. Na verdade, a discussão da representatividade abrange questão muito maior, que envolve todos os grupos marginalizados, principalmente aqueles que ainda não foram atingidos pelo desenvolvimento tecnológico.

A respeito da fala apresentada, verifica-se que é importante a construção de uma base de dados igualitária e justa que aborde a realidade a qual se refere o algoritmo. Ao pensar na forma como é absorvido e realizado o aprendizado de máquina, esse problema deve ser um dos primeiros a ser atacado, tendo em vista que o algoritmo se estrutura a partir da leitura de dados.

O segundo viés se refere à formação da base de dados, na qual a performance do algoritmo ocorre através do *Machine Learning*, fazendo uso dos dados que lhe são fornecidos para assim tomar uma decisão. Dados enviesados, compostos por valores discriminatórios, preconceituosos e que geram resultados discriminatórios são um grande problema do volume de dados (PEREIRA; LORENZETTO, *online*). Ademais, constata-se que o desempenho dos algoritmos mediante o aprendizado de máquina, abrangendo os de aprendizado não supervisionado, utilizam dados a eles fornecidos com o fim de realizar a tomada de decisão que pode resultar em uma decisão enviesada.

Victor Hugo Barella afirma que uma opção para obter melhores classificadores com bases de dados desbalanceadas é modificando o algoritmo. Declara que os algoritmos tradicionais acabam produzindo modelos difíceis de gerar uma classificação em classes pouco representadas (classes minoritárias). Os dados são classificados como desbalanceados quando há uma desproporção indiscutível entre o número de exemplos de uma ou mais categorias em relação às outras, o que resulta em exemplos da classe majoritária sendo classificada como correta, enquanto as minorias não têm esse mesmo resultado (BARELLA, 2015).

Exemplo disso: um algoritmo receber mais fotos de rostos de pele clara do que de pele escura. Assim, um sistema de reconhecimento facial, inevitavelmente, seria pior no reconhecimento de pessoas com pele mais escura. Ou, no caso de recrutamento interno na empresa, em que o algoritmo dispensa mulheres e favorece os homens, como ocorreu em uma ferramenta da Amazon ([MIT Technology Review, online](#)).

Logo, percebe-se que a discriminação algorítmica ocorre pelos vieses decorrentes dos algoritmos de IA e/ou em conjunto de dados designados, que resultarão em tomadas de decisões danosas e até mesmo discriminatórias. Observa-se, diante do que foi apresentado, a importância dos dados com os quais o algoritmo é alimentado.

3.3 Exemplos de discriminação algorítmica

O documentário “Coded Bides” da Netflix demonstra com muita clareza o lado problemático e racista dos algoritmos. Comprova de maneira didática como a inteligência artificial tem a capacidade de reproduzir discursos preconceituosos e opressores, violando os direitos fundamentais.

Uma das pesquisadoras que participa do filme é Joy Buolamwini, mulher negra e cientista da computação do MIT nos Estados Unidos. Ela comprovou, quando treinava um algoritmo de análise facial, que eles não são precisos para identificar pessoas negras, principalmente mulheres. O programa só conseguiu detectá-la quando pôs uma máscara branca sobre o seu rosto.

Argumenta que as máquinas aprendem de acordo com os exemplos que recebem dos seres humanos. Como no caso, o intuito é de que a máquina identifique rostos, então, é preciso que a alimente com vários exemplos do que é um rosto e do que não é. E diante das suas pesquisas descobriu que os dados em sua maioria eram de homens e indivíduos de pele clara, ou seja, os sistemas não conheciam muitos rostos como o seu.

Percebe-se, portanto, como os dados são influenciados e, conseqüentemente, refletem os interesses de quem os influencia; assim como demonstra que a IA e as tecnologias são resultado de estruturas dominantes e desiguais já tão presentes na sociedade.

Outro exemplo é de uma pesquisa feita pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ) que mostra prisões injustas após reconhecimento fotográfico em que a maioria das vítimas são negros (STATIC PODER 360, [online](#)). A pesquisa foi realizada a partir dos recursos apresentados em segunda instância no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no período de janeiro a junho de 2021. O estudo aponta que o perfil dos acusados, por meio do reconhecimento fotográfico, é de homem e negro. De acordo com a DPRJ, entre os réus julgados, 95,9% são homens e 63,74%, negros, somando-se pretos e pardos conforme a definição do IBGE.

Sob a mesma ótica, no início deste ano uma foto do ator americano Michael B. Jordan foi exibida em reconhecimento fotográfico realizado pela Polícia Civil do Ceará, em uma investigação da chacina da Sapiranga (G1, [online](#)). Observa-se, a partir desse exemplo, como é fácil adquirir a foto de uma pessoa negra e utilizá-la como arquivo policial.

O que fica mais evidente nesses casos é que não há nenhum critério para incluir ou excluir a fotografia do sujeito no banco de suspeitos. É também, diante dessa falta de dados válidos e confiáveis para alimentar o sistema, que há condenações injustas e que alcançam, na sua grande maioria, pessoas pretas e pobres, as quais são prejudicadas por esses reconhecimentos irregulares.

A partir desses exemplos, percebe-se que as informações inseridas nos algoritmos podem resultar em grandes consequências para as pessoas em vários formatos de dados, podem ser de texto ou imagem, conhecidos como dados não estruturados, assim como de dados tabelados, chamados de dados estruturados (TESSAROLO; MAGALHÃES, 2015).

Uma pesquisa realizada entre a Universidade de Fortaleza (Unifor) e o grupo de Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Minas Gerais (UFMG) constatou que a eficácia de assistentes de voz, como Google e Siri varia de acordo com o sotaque e nível de escolaridade (CHAVES, 2020). A cientista da computação e pesquisadora Elizabeth Sucupira Furtado da Unifor revelou que “os usuários nascidos nas regiões Sudeste e Sul eram mais compreendidos pelos softwares de assistentes de voz do que os outros.”

No mesmo sentido, Camila Souza Araujo em sua dissertação de mestrado demonstrou que os meios de busca também ocultam preconceitos. Em seu estudo procurou pelos termos “mulheres bonitas” e “mulheres feias” e comprovou um preconceito indiscutível de raça e idade, visto que as mulheres descritas como bonitas eram, em sua maioria, brancas e jovens (CHAVES, 2020).

Fica claro diante de tantos exemplos o quão problemático e importante é esse tema. Cathy O’Neil argumenta no seu livro *Algoritmos de Destruição em Massa* que o Big Data aumentou a desigualdade e ameaça a democracia (Walmir Andrade, *online*). Percebe-se, a partir do que foi exposto, que há uma reprodução e amplificação de pensamento e de práticas criminosas já presentes na sociedade e que estão se perpetuando para as tecnologias e inteligências artificiais.

4 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE À DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA

Em face dos exemplos apresentados, percebe-se que essas situações já ocorreram ou ocorrem na sociedade brasileira. Por isso, é importante analisar o que a legislação assegura sobre o tema.

4.1 A discriminação algorítmica no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro aborda a discriminação algorítmica em disposições constitucionais, em tratados internacionais, assim como em legislações infraconstitucionais. No artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal afirma-se que “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988) é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Nesta perspectiva, o artigo 5º, em seu *caput*, versa sobre o princípio da isonomia que demonstra a igualdade sem distinção de qualquer natureza entre aqueles que residam no território brasileiro e assegura, entre outros preceitos, o da igualdade. O mesmo artigo trata ainda sobre a igualdade entre homens e mulheres, determina a punição de qualquer tipo de discriminação que desrespeite os direitos e liberdades fundamentais e estabelece o racismo como crime inafiançável e imprescritível, nos incisos I, LVI e LVII, respectivamente.

O artigo 7º da Carta Magna trata sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o inciso XXXI proíbe qualquer discriminação relacionada ao salário e critérios de admissão de trabalhadores portadores de deficiência. No que se refere ao artigo 227, *caput*, declara ser dever da família, da sociedade e do Estado proteger a criança e o adolescente de toda forma de discriminação (BRASIL, 1988).

Porém, observa-se que, mesmo que a Constituição Federal aborde a discriminação em vários preceitos, ela não traz um conceito sobre ela. Mas, pode-se compreender a definição de discriminação através de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como por legislações infraconstitucionais (MOREIRA, 2017).

A discriminação é abordada nos seguintes tratados: a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão (Decreto nº 62.150/1968), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810/1969), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto nº 4.377/2002) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009) (RIOS; SILVA, 2015).

A Convenção nº 111 da OIT estabelece a discriminação, sem seu artigo 1º, como:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Nos termos da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial:

1. Nesta Convenção, a expressão 'discriminação racial' significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, [em igualdade de condição], de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:

Para os fins da presente Convenção, a expressão 'discriminação contra a mulher' significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Por último, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no seu artigo 2º diz:

'Discriminação por motivo de deficiência' significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

Como exemplos de normas jurídicas infraconstitucionais que têm o intuito de precaver ou penalizar práticas discriminatórias, tem-se a Lei n° 8.842 (Estatuto do Idoso) e a Lei n° 12.228 (Estatuto da Igualdade Racial) (MOREIRA, 2017). Da mesma maneira que a Lei n° 7.716/1989 (que estabelece os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), a Lei n° 8.029/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei n° 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

De acordo com Roger Raupp Rios e Silva (2017, *online*), a definição de discriminação em vigor no ordenamento jurídico brasileiro pode ser clarificada como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.

Além disso, adicionaram uma lista de critérios proibidos de discriminação que tem como função reparar formas específicas que possuem um histórico de discriminação. Bem como: “[...] a enumeração de fatores proibidos de discriminação, como gênero, raça e etnia, religião, orientação sexual, deficiência e idade” (RIOS e SILVA, 2017, *online*).

No mesmo sentido, a Lei n° 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) traz no corpo do seu texto o princípio da “não discriminação” e o conceito de “dados pessoais sensíveis”. Esse princípio é especificado como a “impossibilidade de realização do tratamento [de dados] para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.” No entanto, apesar da norma tratar expressamente desse princípio, ela também não aborda sobre o conceito de discriminação.

Mesmo com isso, entende-se que a lei deve estar em consonância com o ordenamento jurídico. E, diante do foi demonstrado neste trabalho com os termos de discriminação algorítmica, fica claro que os dados pessoais não podem ocasionar em nenhuma exclusão, limitação, diferenciação ou prioridade que tenha como resultado uma restrição do desempenho ou aproveitamento dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

No tocante à definição de discriminação vale mencionar que a LGPD ainda traz o conceito de “dados pessoais sensíveis” em seu artigo 5°, inciso II:

[...] dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (BRASIL, 2018).

Ainda em relação aos dados sensíveis, a LGPD estabelece em seu artigo 11, I, a hipótese de o tratamento deste dado ocorrer pelo consentimento do seu titular, e especifica algumas situações em que não haverá necessidade do consentimento, como o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos.

O § 1°, do artigo 11 da lei supracitada dispõe que as limitações e exceções do artigo também serão utilizadas nos casos de “tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular.” Assim, é possível afirmar que a LGPD aborda de maneira mais rígida o tratamento de dados pessoais sensíveis.

Por fim, e como já discutido, os vieses discriminatórios inseridos nas tomadas de decisões podem ocorrer de forma intencional ou não. Perante as várias normas, decretos e leis infraconstitucionais demonstradas, destaca-se que o direito brasileiro condena todas as formas de discriminação. Assim, frente a uma tomada de decisão automatizada com um efeito discriminatório, este será condenável.

4.2 GARANTIAS AO TITULAR DE DADOS CONCEDIDOS PELA LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados, no seu capítulo III, aborda “os direitos do titular”. No artigo 17, afirma que “toda pessoa natural tem assegurado a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos da Lei.” (BRASIL, 2018). Ou seja, independentemente de uma pessoa permitir o tratamento dos seus dados pessoais por outra, em nenhuma hipótese, esta será dona dos seus dados.

O titular dos dados tem o direito, a qualquer momento e mediante requisição, obter do controlador, a titularidade dos seus dados (artigo 18, LGPD). São direitos dos titulares de dados: I. a confirmação da existência de tratamento; II. o acesso aos dados; III. a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV. a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados, desde que sejam considerados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na LGPD; V. a portabilidade dos dados a outro fornecedor do serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa e IX - revogação do consentimento.

Ademais, a LGPD é uma lei que visa proteger e informar, assim o artigo 19 aborda sobre o direito à transparência: “a confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular”. Nesse sentido, o inciso II do mesmo artigo trata da forma como deverá ser informado sobre a existência, em que: “[...] por meio de declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial”.

Dando continuidade aos direitos concedidos aos titulares de dados, o artigo 20 da LGPD diz que:

Art.20 -O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade (BRASIL, 2018).

Percebe-se, diante deste artigo, que deve ser dada uma proteção exclusiva para as decisões integralmente automatizadas, pois é direito assegurado ao titular de dados. Além disso, tem como finalidade impedir que os indivíduos sejam objeto de discriminação através dos algoritmos responsáveis pela decisão (MONTEIRO, 2018).

Posto isso, analisa-se que diante do foi demonstrado, ao titular dos dados é assegurado perante uma decisão discriminatória, o direito de se amparar na Lei Geral de Proteção de Dados. Isso, pois a ele é possível solicitar a revisão da decisão, a qual deverá ser clara e adequada aos critérios dos procedimentos utilizados na decisão. Porém, deve ser observado ainda o segredo comercial e industrial.

4.3 LIMITES ÀS GARANTIAS DOS TITULARES DOS DADOS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O § 1º do artigo 20 da LGPD estabelece que o controlador de dados deve fornecer as informações em relação aos critérios e os procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comerciais e industriais. Diante disso, analisa-se limitações imposta pela própria LGPD em relação ao direito à explicação à luz do segredo de negócio.

O segredo de negócio é definido como “o conjunto de métodos ou fórmulas empregados na fabricação de produtos, tais como particularidade de produção, uso de máquinas e ferramentas e manipulação de substâncias de certa procedência.” (MAGALHAES, 2000).

Nesse sentido, a LGPD, no caso de uma empresa alegar segredo de negócio, estabeleceu no artigo 20, § 2º que a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais. Na perspectiva da discriminação algorítmica, esse é um ponto positivo, porque o que será realizado diante do não oferecimento de informações é algo mais prático, como a auditoria. Sendo competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) executar essa auditoria conforme dispõe a LGPD.

Esse direito a explicação busca revisar as decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado, como dispõe o artigo 20 da LGPD. A lei não especifica que tipo de decisão seria, possui um sentido bem amplo, inclui “decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.” (art. 20 da LGPD).

O direito à explicação reflete no direito que os titulares de dados têm para se expressar em relação às decisões automatizadas, ou seja, a possibilidade de uma revisão diante de uma decisão de uma máquina, como o caso de bancos que utilizam sistemas para conceder ou não empréstimos. E, nesse sentido, isso se torna bem problemático, tendo em vista envolver máquinas automatizadas que tratarão sobre os dados pessoais e que a partir desse resultado o titular dos dados poderá solicitar a revisão.

Pelo exposto, compreende-se que a LGPD resguarda muitos direitos ao titular dos dados e que os protege visando assegurá-los. Essa lei resguarda e tem como um dos seus princípios a não-discriminação, a qual impossibilita a realização de tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos. No entanto, há algumas variáveis sobre o tema que, por envolver a inteligência artificial e os sistemas algoritmos, podem obter um resultado enviesado.

Assim, a partir das discussões a respeito da LGPD feitas neste trabalho, tem-se que devem ser feitas mais discussões sobre o tema da discriminação nas decisões automatizadas, envolvendo análises mais aprofundadas. Através da intersecção de áreas diversificadas de conhecimento como: o direito, ciências sociais, política e a tecnologia, tratar sobre o tema e buscar transformar isso na prática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que a inteligência artificial tem dominado todos os espaços, estando presente cada vez mais na vida dos seres humanos. Essas tecnologias são compostas por algoritmos de decisões automatizadas que, muitas vezes nem são percebidos, mas são bastante preocupantes, como os vieses discriminatórios dos algoritmos.

Ficou demonstrado que de maneira intencionada ou não, os algoritmos podem ser racistas. Por isso, não é possível afirmar que os algoritmos são neutros, pois eles respondem através de influências que recebem, podendo assim ser enviesados.

Assim, a partir do que foi visto sobre a legislação brasileira, percebeu-se que ela concede e assegura os direitos aos titulares de dados, direitos previstos na LGPD, e concede ainda, ao titular dos dados, o poder de requerer seus direitos a qualquer momento, sendo ofertado o direito à explicação e à revisão, a depender do caso.

A LGPD nasceu para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. Ela visa proteger e fiscalizar os titulares dos dados pessoais em decisões automatizadas. E por ser uma legislação nova, ainda está em análise e vem sendo adaptada pelos legisladores e estudiosos do tema. Deste modo, tem-se claro que uma boa mudança deve ser feita nos vieses dos algoritmos, analisando os sistemas e os dados que possuem essa base discriminatória.

Isso, buscando discussões sobre o tema e analisando a sociedade como um todo, diante das diferenças e desproporções que existem para assegurar decisões algorítmicas que estejam dentro da realidade e que sejam válidas e conforme a lei, respeitando direitos assegurados a todos os seres humanos, independentemente de qualquer coisa. Isto posto, o necessário é a mudança de pensamento para depois pôr em prática. Primeiramente as pessoas devem saber que isso ocorre e o porquê de isso acontecer, para, a partir de então, serem incentivadas a mudar essa realidade, sendo importante a participação do governo, através de discussões e fiscalização, atuando para disseminar o assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Algoritmos de Destruição em Massa, de Cathy O’Neil. Walmar Andrade. [s.d.] Disponível em: <https://walmarandrade.com.br/algoritmos-de-destruicao-em-massa/>. Acesso em: 15 de out. 2022.

BARELLA, Victor Hugo. **Técnicas para o problema de dados desbalanceados em classificação hierárquica**. 2015. Orientador: André Carlos Ponce de Leon Ferreira de Carvalho. Dissertação (Mestrado em Ciências de Computação e Matemática Computacional). São Carlos. USP, 2015. Disponível em : <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/55/55134/tde-06012016-145045/pt-br.php>. Acesso em 09 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo28. Acesso em 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html#:~:text=Nesta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%2C%20a%20express%C3%A3o%20%E2%80%9Cdiscrimina%C3%A7%C3%A3o,em%20igualdade%20de%20condi%C3%A7%C3%A3o%2C%20de. Acesso em 08 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2022**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm#:~:text=Para%20os%20fins%20da%20presente,com%20base%20na%20igualdade%20do. Acesso em 10 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm#:~:text=%E2%80%9CDiscrimina%C3%A7%C3%A3o%20por%20motivo%20de%20defic%C3%Aancia,os%20direitos%20humanos%20e%20liberdades. Acesso em 10 set. 2022.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Inteligência Artificial e Direito de Autor: Tecnologia Disruptiva Exigindo Reconfiguração de Categorias Jurídicas.** 2018 Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/4667/pdf>. Acesso em 08 out. 2022.

CHAVES, Leo Ramos. Algoritmos parciais: como a inteligência artificial absorve padrões discriminatórios e o que a ciência pode fazer para evitar essas distorções. **Revista Pesquisa Fapesp.** 2020, *online*. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/algoritmos-parciais/>. Acesso em 08 out. 2022.

COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial.** 2013 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-216-2936-8/pages/recent>. Acesso em 08 out. 2022.

É assim que o preconceito da Inteligência Artificial (IA) realmente acontece - e por que é tão difícil de consertar. MIT *Technology Review.* 2020. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/e-assim-que-o-preconceito-da-inteligencia-artificial-ia-realmente-acontece-e-por-que-e-tao-dificil-de-consertar/>. Acesso em: 13 de out. 2022.

FRANCO, Cristiano Roberto. **Inteligência Artificial.** 2017 Disponível em: <https://www.uniasselvi.com.br/extranet/layout/request/trilha/materiais/livro/livro.php?codigo=22869>. Acesso em 09 out. 2022.

G1 CE. **Foto de astro do cinema Michael B. Jordan aparece em lista de procurados pela polícia do Ceará, 2022, online.** Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/01/07/astro-do-cinema-michael-b-jordan-appece-em-lista-de-procurados-pela-policia-do-ceara.ghtml>. Acesso em 15 out. 2022.

JOST, I. **Aplicação de Deep Learning em dados refinados para Mineração de Opiniões.** Orientador: Dr. João F. Valiti. 2015. 93 f. Dissertação (Mestrado em Computação Aplicada). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3841/Ingo%20Jost.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 out. 2022.

LENZ, Maikon Lucian. **Fundamentos de Aprendizagem de Máquina.** 2020 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556900902/pageid/1>. Acesso em 15 out. 2022.

LIMA JUNIOR, Walter Texeira. **Jornalismo computacional em função da “Era do Big Data”.** *Libero* - São Paulo - v. 14, n. 28, p. 45-52, dez. de 2011. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/1-Jornalismo-computacional.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. **DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO EM PROCESSOS DECISÓRIOS AUTOMATIZADOS.** Orientadora: Ana Frazão. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília. Universidade de Brasília, 2019. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38524/1/2019_MariaCristineBrancoLindoso.pdf. Acesso em 20 out. 2022.

LUDERMIR, Teresa Bernarda. **Inteligência Artificial e Aprendizado de Máquina: estado atual e tendências. Estudos Avançados.** N. 35 (101), 2021, p.85-94. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/wXBdv8yHB-V9xHz8qG5RCgZd/>. Acesso em 10 out.2022.

MAGALHÃES, Kátia Braga de. **Proteção Legal aos Segredos de Negócio.** *Revista da EMERJ*, v.3, n.12, 2000. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_75.pdf. Acesso em 20 de out. 2022.

MONTEIRO, Renato Leite. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?**. INSTITUTO IGARAPÉ a think and do tank, Rio de Janeiro: artigo estratégico 39, 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em 18 de out. 2022.

MORAIS, Izabelly de; GONÇALVES, Priscila de Fátima; LEDUR, Cleverson Lopes; CORDOVA JUNIOR, Ramiro Sebastião; SARAIVA, Maurício de Oliveira; FRIGERI, Sandra Rovena. **Introdução a Big Data e Internet das Coisas (IoT)**.

MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação**. 2017

Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3076982>. Acesso em 12 out. 2022.

MUELLER, John Paul; MASSARON Luca. **Aprendizado de Máquina Para Leigos**. 2019 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788550809250/pageid/6> . Acesso em 08 out. 2022.

NETFLIX. **Coded Bias**. 2020.

Inspere. O MAR DE DADOS VIROU UM OCEANO E NÃO PARA DE CRESCER. MAS NEM TUDO É APROVEITADO. 2021. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/o-mar-de-dados-virou-um-oceano-e-nao-para-de-criar-mas-nem-tudo-e-aproveitado/>. Acesso em: 15 de out. 2022.

Static Poder 360. **O reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro**. 2022. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/05/reconhecimento-fotografico-processos-criminais-mai-2022.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2022.

PACHECO, Cesar Augusto; PEREIRA, Natasha Sophie. **Deep Learning Conceitos e Utilização nas Diversas Áreas do Conhecimento**. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/40368904/Deep_Learning_Conceitos_e_Utiliza%C3%A7%C3%A3o_nas_Diversas_%C3%81reas_do_Conhecimento?from=cover_page.

PEREIRA, Robson Pascal; LORENZETTO, Andrei Meneses. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E MODELOS DE DECISÃO AUTOMÁTICOS: O ENVIESAMENTO DOS ALGORITMOS**

Disponível em: https://red-idd.com/files/2021/2021GT03_008.pdf. Acesso em 09 out. 2022.

RAMOS, Daniela Osvald. **A influência do algoritmo**. Comunicare Revista de Pesquisa Faculdade de Comunicação Casper Líbero, São Paulo: v. 17 – Edição especial de 70 anos da Faculdade Casper Líbero, 2017. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-3-Comunicare-17-Edi%C3%A7%C3%A3o-Especial.pdf>. Acesso em 18 de out. 2022.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. **Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro**. Ciência e cultura. Vol. 69. N° 1. São Paulo. Jan./Mar.2017, *online*. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252017000100016&. Acesso em 25 out. 2022.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial: Uma Abordagem Moderna**. 2022 Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595159495/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]/4/70/1:23\[8%20c%2Cm.\].](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595159495/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]/4/70/1:23[8%20c%2Cm.].) Acesso em 25 out. 2022.

SANTOS, Roger Robson dos; BORDIN, Maycon Viana; NUNES, Sergio Eduardo; RODRIGUES, Thiago Nascimento; MARQUES, Laerte de; SILVA, Fernanda Rosa da. **Fundamentos de Big Data**. 2021 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556901749/pageid/1>. Acesso em 20 nov. 2022.

SCHIPPERS, LAURIANNE MARIE. **ALGORITMOS QUE DISCRIMINAM: uma análise jurídica da discriminação no âmbito das decisões automatizadas e seus mitigadores.** Orientador: Alexandre Pacheco da Silva. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2018 Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29878/Algoritmos%20que%20discriminam%20-%20Laurianne-Marie%20Schippers.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 out. 2022.

SILVA JÚNIOR, Eugênio Monteiro; KARPINSKI, Cezar; DUTRA, Moisés Lima; **CONHECIMENTO CIENTÍFICO NO CONTEXTO BIG DATA: reflexões a partir da epistemologia de Popper.** *Brazilian Journal of Information Science: Research trends*, vol. 14, no. 4, set.-dez. 2020, e020017 <https://doi.org/10.36311/1940-1640.2020.v14n4.10936>. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/download/150608>. Acesso em 10 out. 2022.

SZINVELSKIL, Mártin Marks ; ARCENO, Taynara Silva; FRANCISCO, Lucas Baratieri. **Perspectivas jurídicas da relação entre big data e proteção de dados.** *Perspectivas em Ciência da Informação*, v.24, n.4, p.132-144, out./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/pci/article/download/22644/18228/65938>. Acesso em 15 de out. 2022.

TESSAROLO, Pedro Henrique; MAGALHÃES, Willian Barbosa. **A ERA DO BIG DATA NO CONTEÚDO DIGITAL: OS DADOS ESTRUTURADOS E NÃO ESTRUTURADOS.** 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/9993375-A-era-do-big-data-no-conteudo-digital-os-dados-estruturados-e-nao-estruturados.html>. Acesso em: 18 de out. 2022.

TIBCO. **O que é Deep Learning?**, *online*. Disponível em: <https://www.tibco.com/pt-br/reference-center/what-is-deep-learning#:~:text=Voltando%20%C3%A0s%20suas%20origens%2C%20o,%2C%201960%2C%201970%20e%201980>. Acesso em 09 out. 2022.

UNIFOR. **Pesquisa em parceria entre Unifor e UFMG identifica viés algoritmo em assistentes inteligentes de voz**, 2020, *online*. Disponível em: <https://unifor.br/web/pesquisa-inovacao/-/pesquisa-desenvolvida-entre-unifor-e-ufmg-identifica-discriminacao-algoritmica-em-assistentes-inteligentes-de-voz>. Acesso em 09 out. 2022.

O ACESSO À JUSTIÇA E OS EXCLUÍDOS DIGITAIS: UMA ANÁLISE DA RECOMENDAÇÃO Nº101/2021 NO CONTEXTO PÓS-PANDÊMICO¹

Maria Clara Santos Meneses¹
Idelcelina Barros Ximenes¹

Resumo

O presente artigo analisa como o judiciário brasileiro atua para dar efetivação do direito de acesso à justiça aos excluídos digitais, diante da atual situação de crescente virtualização das cortes brasileiras, em um cenário pós-pandêmico, através da análise da Recomendação CNJ nº101/2021. É discutido a vertiginosa virtualização procedimental dentro dessas e as mudanças dela advindas no que tange ao acesso à justiça, dando enfoque na consequente supressão desse direito ao cidadão comum que sofre com a exclusão digital. Considera a atuação do CNJ como forma de política social judiciária para fins de análise da importância da Resolução nº101/2021 no contexto atual das cortes. Observa-se que quem carece de computadores e equipamentos, infraestrutura de acesso, recursos financeiros de conexão à Internet, também não tem a possibilidade de igualdade de acesso à justiça em tribunais 100% digitais. É empregado o método dedutivo e realizado um estudo qualitativo exploratório com análise técnica e subjetiva de normas, bem como uma revisão bibliográfica, normativa e documental.

Palavras-chave: Resolução 101/2021; CNJ; Exclusão Digital; Judiciário brasileiro; Coronavírus.

Abstract

This article analyzes how the Brazilian judiciary system acts to give digitally excluded people the right of access to justice, given the current situation of increasing virtualization of Brazilian courts, in a post-pandemic scenario, through the analysis of CNJ's Recommendation nº 101/2021. It discusses the vertiginous procedural virtualization within them and the changes regarding access to justice arising from it, focusing on the consequent suppression of this right to the common citizen who suffers from digital exclusion. It considers the actions of the CNJ as a form of judicial social policy in order to analyze the importance of Resolution nº101/2021 in the current state of the courts. It is observed that those who lack computers and equipment, infrastructure access, financial resources for Internet connection, also do not have the possibility of equal access to justice in 100% digital courts. It is employed the deductive method and an exploratory qualitative study is conducted with technical and subjective analysis of norms, as well as a bibliographic, normative and documentary review.

Key words: Resolution 101/2021; CNJ; Digital Exclusion; Brazilian Court System; Coronavirus.

⁴⁰ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior (ICEV).

⁴¹ Graduanda em Direito do Instituto de Ensino Superior (ICEV).

⁴² Professora do Instituto de Ensino Superior (ICEV) e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).

1. INTRODUÇÃO

Em 2020, devido a um cenário de grande incerteza ocasionado pela pandemia da CO-VID-19, reconheceu-se estado de calamidade pública e, no mesmo ano, decretou-se Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) no Brasil. Verificou-se um colapso geral na área da saúde e, ainda, imensos desfalques na área socioeconômica, tendo em vista que o país teve de adotar medidas de última hora para contenção de danos. Isto é, teve de instituir novas práticas de convivência, trabalho, educação que se adequassem a uma nova realidade na qual se exigia o isolamento e o distanciamento social. Apenas em abril de 2022, com a revogação do estado de emergência, passou-se a considerar que estaríamos vivendo em uma fase pós-pandêmica.

Nesse contexto, notou-se que o judiciário brasileiro foi alvo de inúmeras mudanças. Assistiu-se a um vertiginoso incremento tecnológico na prestação jurisdicional, pois este setor, que já vinha incorporando elementos virtuais na sua prática diária no último século, teve de, velozmente, apoiar aquilo que caracterizou a principal mudança trazida pela imprevisibilidade da pandemia: a possibilidade de virtualização das relações. Entretanto, é válido se questionar: a virtualização do judiciário permitiu, de fato, a facilitação do acesso à justiça para todas as pessoas? Ou pode ter se tornado apenas mais uma barreira na efetivação desse direito para o cidadão que busca soluções judiciais para seus conflitos?

Diante desse cenário, verifica-se a necessidade de analisar as consequências resultantes das mudanças ocorridas durante o período pandêmico, mais especificamente, aquelas advindas da virtualização das cortes. Assim, nesta pesquisa, o objetivo é o de averiguar se o fomento virtual do judiciário, impulsionado pela revolução tecnológica que ocorreu durante a pandemia, permitiu um acesso à justiça mais eficiente a todas as parcelas da população. Além disso, pretende-se ponderar sobre o quadro geral do acesso à justiça pelos excluídos digitais sob a ótica da Recomendação n°101/2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), isto é, investigar como o judiciário brasileiro tem agido para evitar a supressão do direito a um acesso igualitário à justiça dos infoexcluídos.

Ademais, pretende-se esclarecer quais as novidades trazidas pela revolução tecnológica para as cortes brasileiras, bem como demonstrar a vulnerabilidade social dos excluídos digitais na sociedade da informação, utilizando como base as recomendações do CNJ, especialmente a mencionada acima.

Pretende-se, com esse trabalho, expandir o entendimento sobre o objeto da pesquisa e fomentar a discussão sobre o tema. Para tanto, será utilizada a fundamentação teórica presente nos trabalhos de Capeletti e Garth (1998), em "Acesso à Justiça", e de Marc Galanter (2018), em "Por que 'quem tem' sai na frente". De acordo com o que dispõe o método dedutivo, será realizado um estudo qualitativo exploratório com análise técnica e subjetiva de normas, por meio de uma revisão bibliográfica, normativa e documental.

2. O JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O judiciário é elemento essencial da sociedade, pois desde os primórdios da humanidade há discordâncias e, portanto, disputas. As cortes possuem influência, inclusive, para aqueles que não estão necessariamente em litígio, pois, das decisões judiciais, podem surtir não só efeitos intrapartes, mas também, ultrapartes, afetando, assim, a própria dinâmica social. Todavia, deve-se notar que, assim como o judiciário tem interferência na coletividade, esta também tem sobre ele direta influência. Dessa forma, para entender um pouco do funcionamento do judiciário brasileiro na atualidade, é preciso perceber como se dá a dinâmica de relacionamento dos grupos que integram a sociedade na época atual.

2.1 Sociedade da informação na pandemia

Criada, inicialmente, com objetivo de servir como ferramenta de guerra, a internet atravessou inúmeras etapas de desenvolvimento desde a década de 40 até se transformar nesta que hoje se conhece. Pode-se dizer que, no século XXI, ela representa uma das ferramentas de comunicação mais poderosas do mundo, pois é integrante essencial das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), isto é, “tecnologias utilizadas para tratamento, organização e disseminação de informações” (TAKAHASHI, 2000, p.176).

Se a internet um dia já foi considerada um meio não tradicional de comunicação, hoje ela se apresenta como essencial para a vida em comunidade. Considerada não apenas como consequência das mudanças sociais contemporâneas, pode ser reconhecida também como causa, especialmente devido à penetrabilidade que tem em praticamente todos os domínios da atividade humana (CASTELLS, 2003).

Nota-se que a cultura tecnológica, associada à conexão em rede, está cada vez mais enraizada na sociedade contemporânea. Surge, então, a necessidade de reconhecê-la como um novo ambiente da atualidade, no qual as formas de convivência e meios de interação social tradicionais se articulam, pois ela tem modificado radicalmente a forma como as pessoas trabalham, comunicam-se e acessam informações. Isto posto, evidencia-se a imprescindibilidade de entender a importância das TICs no nosso cotidiano e a influência que exercem, não só na forma de comunicação diária, mas igualmente no que tange ao exercício de direitos e deveres, no próprio exercício da cidadania, ainda mais durante o período pandêmico da COVID-19.

Em março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS), através de pronunciamento, na Suíça, do seu então presidente, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declarou a existência da pandemia do vírus SARS-CoV-2, período durante o qual o mundo foi obrigado a adotar novas práticas para convivência, trabalho e comunicação em geral. Antes da pandemia, a sociedade já vinha molhando os pés nas águas das TICs, ao incorporá-las gradualmente na sua dinâmica funcional. No entanto, após a declaração, que veio acompanhada de recomendações de isolamento e distanciamento social, tornou-se urgente mergulhar totalmente no mundo das TICs afim de prosseguir com as atividades e práticas habituais do dia-a-dia de uma sociedade “normal”.

Vale destacar que a centralidade da utilização das TICs nas indústrias advém da chamada 4ª revolução industrial ou indústria 4.0, conforme pontuam Lima e Pinto (2009). No contexto da pandemia, esse uso se fortaleceu ainda mais, acelerando transformação nas relações, formas de comunicação e consumo, modelos de aprendizagem e prestação de serviços. Houve um aprofundamento nas possibilidades disponibilizadas pela cultura digital.

Na tentativa de definir essa expressão, vê-se necessário, primeiro, definir o conceito de cultura. Têm-se que cultura se refere a um conjunto de representações, valores morais e ideais que institui e organiza a sociedade (PASSIANI; ARRUDA, 2017). Ao adicionarmos, então, o termo digital à expressão, ter-se-ia que o meio digital seria o principal ambiente onde se sucederia essa troca de valores morais e ideais culturais e, ainda, que o meio digital seria a principal ferramenta para organização da sociedade.

Pesquisas e leituras, que antes só eram feitas de maneira física, hoje encontram-se à distância de um clique. Shows ao vivo estão a um sinal de *wi-fi* de distância. Conversas virtuais se tornaram tão realistas que delas se desenvolvem relações de amizade, amor, trabalho. Em vista disso, percebe-se que são inúmeras as mudanças que as TICs trouxeram para a realidade social. O que mais impressiona é que o meio virtual sai do caráter de cômodo e adentra o caráter de necessário, pois o próprio Estado passa a incorporá-lo em suas atividades governamentais: agendar atendimentos em órgãos públicos, pagamento de taxas, publicação de informações essenciais, oferecimento de documentos virtuais (e-título), tramitação de Processo Judicial eletrônico (PJe) e assim por diante. Resta claro que na cultura digital, na qual estamos inseridos, o próprio exercício da cidadania está interligado às TICs.

Tanto é que em 2011, a Organização das Nações Unidas (ONU), declarou, por meio do Relatório Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião (NAÇÕES UNIDAS, 2011) que desconectar as pessoas da internet equivaleria a um crime e uma violação dos direitos humanos. Afirmou, ainda, que violar o direito do acesso à internet, equivaleria a violar o Art. 19, parágrafo 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, qual seja:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. (BRASIL, 1992)

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro têm-se o Projeto de Emenda Constitucional 08 de 2020 (BRASIL, 2020b), cuja ementa é: "Altera o art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à internet entre os direitos fundamentais.". Este, entretanto, ainda está em tramitação.

Sendo assim, nota-se que a importância do acesso às TICs cresce simultaneamente à sua implementação e expansão dentro da sociedade, abarcando, inclusive, o setor jurídico, tendo em vista essencialidade do mesmo.

2.2 Consequências da informatização do judiciário brasileiro

O judiciário brasileiro passou por inúmeras mudanças nos últimos 20 anos, tanto devido à criação e atualização de códigos, a exemplo do novo Código de Processo Civil de 2015, quanto devido à mudança internas na sua estruturação procedimental, ou seja, transformações na forma de promover o acesso à justiça através de leis e recomendações. Para ilustrar as leis e recomendações oficiais que procuraram regulamentar a prestação do serviço jurisdicional de acordo com as novidades tecnológicas que vêm modificando intensamente esse setor, destaca-se a Lei nº11.419, de 19 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006), que dispõe sobre a informatização do processo judicial e, ainda, a Resolução CNJ nº185/2013 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013), que instituiu o Processo Judicial Eletrônico (PJe). É válido apontar, entretanto, que estas normas são anteriores ao reconhecimento da pandemia da COVID-19 no país, período no qual o salto tecnológico do judiciário foi ainda maior.

Com a declaração de estado de calamidade pública, descrita na mensagem presidencial nº 93 (BRASIL, 2020a), o judiciário brasileiro foi obrigado a adotar novas práticas de convivência e trabalho, visto que o isolamento e distanciamento social eram requeridos para todos, de acordo com a Lei nº13.979 (BRASIL, 2020c). No processo de adequação a este novo cenário global, atos processuais comuns que geralmente eram realizados de forma presencial, a exemplo de audiências, depoimentos, oitivas e sessões de julgamento, passaram a ser realizados unicamente *online*, isto é, um "Juízo 100% digital".

Considerando as mudanças introduzidas nas relações e nas ordens de trabalho em virtude do fenômeno da transformação digital, autorizou-se a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do "Juízo 100% Digital", trazido pela Resolução CNJ nº 345/2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020), no qual todos os atos processuais seriam exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores. Esperava-se, como consequência desta implementação, haver uma possibilidade de o cidadão valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente aos fóruns, pois o atendimento seria realizado pelos canais digitais disponíveis.

Assim sendo, constata-se, como prática diária de diversos tribunais de justiça, defensorias ou órgãos ministeriais do país, o atendimento do cidadão pelo balcão virtual (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021), por e-mail ou até mesmo whatsapp, realização de audiências através de plataformas virtuais, como o microsoft teams ou google meets, preenchimento de formulários online, como por exemplo boletins

de ocorrência, obtenção de informações ou documentos essenciais em sites ou aplicativos oficiais dos órgãos de justiça, a exemplo do e-título (título de eleitor eletrônico), acesso ao próprio processo através de plataforma eletrônicas específicas, tais como o PJe ou Themis Web, sessões de julgamento remotas, citações por whatsapp¹ e por aí vai. Enfim, a inovação concentra-se na realização de atos por meio digital, em substituição aos atos presenciais, tal como: a comunicação entre as partes por meio digital; no uso de inteligência artificial para otimização do trabalho e em outras facilidades (PINTO, 2021).

⁴³ De acordo com o Informativo nº 688, do Superior Tribunal de Justiça, é possível a utilização de whatsapp para a citação de acusado, desde que sejam adotadas medidas suficientes para atestar a autenticidade do número telefônico, bem como a identidade do indivíduo destinatário do ato processual. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270688%27>

Isto posto, pode-se dizer que o movimento de acesso à justiça por meio digital foca em esforços a fim de diminuição de custos de litigação, simplificação e celeridade do processo judicial, buscando aumentar o acesso e a justiça através do uso da tecnologia. Em resumo, afirma-se a busca pela democratização do acesso à justiça, como defende o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, um dos juristas por trás da criação do Juízo 100% Digital, Luís Roberto Barroso, também ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), em entrevistas e palestras (MINISTRO, 2021), Wolfgang Hoffmann-Riem, em sua obra Teoria Geral do Direito Digital (2020), Richard Susskind, em Online Courts and the future of justice (2021), dentre outros.

Com isto em mente, pode-se afirmar que muito se discute sobre como a tecnologia possibilita a melhoria do ambiente judiciário. Entretanto, as discussões acerca deste tema são, em grande parte, se não em sua maioria, feitas com a intenção de analisar e demonstrar como a implementação tecnológica do judiciário trará benefícios para os tribunais, como os processos e procedimentos serão mais fáceis, céleres e práticos para o judiciário, como a implementação de uma corte digital diminui custos para o Estado e, ainda, quais serão os desafios enfrentados pelos operadores do Direito para se adaptarem a essa nova realidade.

Diante disso, nota-se que pouco se discute a hipótese de como a própria população brasileira, que é quem mais deveria se beneficiar com estas mudanças nos aparatos do judiciário, poderá usufruir de forma igualitária da justiça, tendo em vista a situação de grande desigualdade socioeconômica, refletida nos altos índices de exclusão digital no Brasil. Conforme afirmam Cappelletti e Garth (1988), na obra "Acesso à justiça", se a lide envolve partes com grande diferença financeira, a que tem menores recursos fatalmente não obterá sucesso por supostamente não possuir conhecimento suficiente para apresentar argumentos de maneira eficiente. Isto posto, é impreterível debater a posição que o cidadão comum brasileiro se encontra na busca da justiça, uma vez que o acesso a um processo judicial requisita, atualmente, de recursos tecnológicos para acessá-lo.

É neste momento, no qual surge a tentativa de democratização do acesso à justiça através das TICs, em que se falha ao notar a parcela da população que não tem acesso a estas tecnologias. Essa exclusão ocorre seja por falta de acesso à internet ou de aparelhos que permitam esse acesso, seja por não participarem ativamente da cultura digital ou, ainda, por não possuírem conhecimento informático básico, o que dificulta o processo de aprendizagem de novos métodos.

Em sua obra "Por que 'quem tem' sai na frente", Galanter (2018) parte do pressuposto que o sistema jurídico é composto por partes com quantidades diferentes de recursos e poder que estariam continuamente envolvidas em relações competitivas ou parcialmente cooperativas, nas quais têm interesses opostos. Assim, analisa como os recursos e os incentivos dessas partes podem permitir o que ele chama de "litigantes habituais" a controlar e determinar a forma da lei. Sendo assim, analogamente aos "litigantes habituais", aqueles que possuem recursos suficientes que permitem acesso à uma corte 100% digital sem maiores desafios passam a controlar e determinar a forma da lei, afastando o grupo de excluídos digitais do escopo da tomada de decisão.

Dessa forma, surge também, como consequência da informatização do judiciário brasileiro, a discussão sobre como a parcela da população sem acesso à internet, aos aparatos tecnológicos ou ainda ao conhecimento básico de informática, poderá, de fato, ser ouvida de maneira eficiente, rápida e prática, conforme propõe a revolução tecnológica do judiciário. Pergunta-se ainda se a justiça pode ser promovida exclusivamente online sem prejudicar parcela da população brasileira e se o judiciário está avançando na formulação de estratégias resolutivas da forma urgente e eficiente que o assunto merece.

3 OS EXCLUÍDOS DIGITAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

A concretização do direito à justiça torna-se cada vez mais desafiadora diante das adversidades trazidas pela pandemia da COVID-19, especialmente para a parcela da população que não se adequou apropriadamente ao novo mundo, no qual a realidade requer o constante uso das TICs. Considerando a essencialidade do direito de acesso à justiça, deve-se apontar a problemática que a incorporação de tecnologias da informação nos procedimentos diários dos tribunais trouxe para aqueles que estão digitalmente excluídos.

3.1 Acesso à justiça como direito fundamental

Quando se trata de acesso à justiça no Brasil, a própria Constituição garante, em seu Art. 5º, inciso XXXV (BRASIL, [1988] 2022) que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Todavia, a justiça a qual este artigo se refere não é a ideia abstrata de justiça em si, mas sim a justiça *stricto sensu*, isto é, se refere especificamente ao acesso direto ao poder judiciário e à possibilidade de propor uma demanda perante um juízo. Ainda assim, o acesso à justiça, no seu *lato sensu*, é um princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, pois nossa Constituição, ao agir como símbolo de redemocratização do país e buscando avançar em matéria de direito fundamental, deixou implícito, em todo seu texto, que seu foco é promover e assegurar a justiça. Não é à toa que é conhecida como a Constituição Cidadã.

Neste ínterim, focando inicialmente na natureza jurídica do acesso à justiça, tem-se que, diante da doutrina majoritária, ela é principiológica. Humberto Ávila (2014), em sua obra “Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos” conceitua os princípios como normas imediatamente finalísticas que, em vez de descrever condutas e consequências, estabelecem um estado das coisas ou um fim juridicamente relevante a ser buscado e realizado mediante a adoção de determinados comportamentos. Assim sendo, o autor afirma que “Os princípios são *normas-do-que-deve-ser* (ought-to-be-norms): seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*)” (ÁVILA, 2014, p. 96). Dessa forma, a ideia de acesso à justiça se particulariza pela busca por um estado ideal das coisas definido por uma justiça inafastável.

É impreterível ressaltar o caráter basilar que os princípios têm no ordenamento jurídico brasileiro, pois atuam como norte e como guias para criação de todas as outras normas. Neste sentido, Miguel Reale (2007) caracteriza princípios como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.” (REALE, 2007, p.303-304).

Ainda neste argumento, é válido ressaltar a forma como José Afonso da Silva (2013) distingue regras e princípios, pois afirma que princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras seriam definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. Assim, é inevitável notar que, se o acesso à justiça tem um caráter principiológico, o acesso às cortes, teria então, analogamente à proposição do autor, um caráter mais regulamentar, apresentando natureza jurídica de regra.

Nesse sentido, considerando os critérios de isolamento social no momento pandêmico, é possível supor, em um primeiro momento, o risco de cerceamento do acesso à justiça no seu sentido concreto, como de acesso às cortes e, também, posteriormente, no seu sentido principiológico, pois, para pleno usufruto do sistema jurídico, é preciso partir do pressuposto que se sabe e se consegue usar as TICs que os tribunais passaram a requerer nos seus procedimentos diários.

Ao desenhar essa linha direta entre a indispensabilidade do uso das TICs e o acesso à justiça, é válido citar Capelletti e Garth (1998) que consideram o acesso à justiça como um direito básico humano, quando se está inserido em um sistema jurídico garantista que visa não somente declarar o direito, mas fornecer meios para sua efetividade. Desse modo, a possibilidade de haver ameaça ao direito de acesso à justiça, seja devido à exclusão digital, seja por outro motivo, estaria ameaçando um direito básico humano e indo diretamente contra o que o ordenamento jurídico brasileiro defende.

Destarte, verifica-se, de acordo com Rodrigues e Tamer (2021), em sua obra “Justiça Digital”, três pontos pelos quais o acesso à justiça constitui um direito fundamental, quais sejam: (i) por possuir uma posição de supremacia normativa, visto estar expressamente previsto no texto constitucional; (ii) por sua evolução histórica, constituindo preceito inerente ao próprio Estado de Direito; (iii) por sua íntima ligação com o princípio do devido processo legal.

Por fim, cabe destacar que, para efetivar o direito fundamental do acesso à justiça, seria necessário que, em primeiro lugar, o sistema continuasse a ser igualmente acessível a todos e, em segundo lugar, que ele continuasse a produzir resultados que fossem individual e socialmente justos (CAPPELLETTI, GARTH, 1998). Todavia, é inevitável analisar se, de fato, as implementações de inovações tecnológicas em um ambiente jurídico passaram a produzir esses efeitos, se conferiram a efetividade do direito de acesso à justiça a todas as parcelas da população, inclusive os excluídos digitalmente.

3.2. Exclusão digital no Brasil

Como já foi exaustivamente mencionada, a tutela jurisdicional no Brasil, em tempos de pandemia e pós-pandemia, se modificou rapidamente de forma a se tornar quase que inteiramente virtual. Passou-se a exigir, da população que dela usufrui, o uso de TICs para efetivar seu direito de acesso à justiça, já que estas ferramentas passaram a estar embutidas nos procedimentos diários das cortes. Entretanto, deve-se ter em mente a problemática imposta pela situação de exclusão digital atual do país.

A União Internacional de Telecomunicações (UIT), organismo especializado das Nações Unidas (ONU) no campo das telecomunicações, divulgou em 2021, em seu site oficial, que existem cerca de 5,3 bilhões de usuários da internet no mundo, enquanto pelos menos 2,7 bilhões de pessoas nunca tiveram acesso à rede. Portanto, depreende-se desses dados, que pelo menos um terço da população mundial não tem acesso às diversas informações e serviços disponíveis online, inclusive os serviços jurisdicionais que migraram para esse campo (CRESCIMENTO, 2022).

De acordo Relatório da UIT de 2021, 96% das 2,9 bilhões de pessoas que não possuem acesso à internet no mundo vivem em países em desenvolvimento. Constata-se disso que a capacidade de conectividade está diretamente relacionada ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), visto que pobreza, analfabetismo, acesso limitado à eletricidade e falta de habilidades digitais continuam a ser fatores que impulsionam a exclusão digital. Apesar do número estimado de pessoas que se conectaram em 2021, no mundo, ter aumentado para 4,9 bilhões em decorrência das medidas pandêmicas entre os países, a possibilidade das pessoas de se conectarem à rede continua profundamente desigual (2,9 BILHÕES, 2021).

Assim como a população mundial, uma parte da população brasileira também foi alvo da exclusão digital perante as constantes mudanças tecnológicas ocorridas nos últimos anos. Apesar do Brasil ser um dos países cuja população mais passa tempo na internet (KEMP, 2022), em 2021, apenas 66% das pessoas

das classes D e E eram usuárias de internet (STORINO, 2022). Em outras palavras, 1/3 dos mais pobres não têm acesso à internet. Nesta seara, tem-se, ainda, que, em contrapartida aos 29% dos brasileiros que estão plenamente conectados, existem 20% sem nenhuma conexão, dentre os quais homens, idosos, não-alfabetizados, das classes C, D e E são a maioria, de acordo com o estudo “O abismo digital no Brasil” (2020) publicado por PwC/ Instituto Locomotiva.

Diante desse cenário, durante o enfrentamento da pandemia, momento em que as TICs desempenharam papel fundamental, aqueles que não tinham moradias adequadas e dignas, em espaços bem urbanizados, com renda suficiente e conexão de internet estável e veloz não puderam fazer parte da cibercultura (COUTO; COUTO; CRUZ, 2020), pelo menos, não de forma igualitária. Nesse contexto, constata-se um tipo diferente de isolamento, pois as vulnerabilidades econômicas e sociais se exacerbaram perante um mundo cada vez mais digital. Assim, a parcela mais desfavorecida da população se deparou com mais um obstáculo para alcançar e usufruir as oportunidades proporcionadas pelas TICs.

Outrossim, cabe destacar ainda que, mesmo em uma sociedade imersa na cultura digital, nem todos são “nativos digitais”. De acordo com Prensky (2001), esse termo caracterizaria aqueles que pensam e processam informação de forma fundamentalmente diferenciada e que padrões de pensamento têm mudado por causa da ubiquidade das TICs. Em oposição aos nativos digitais, Prensky (2001) destaca o termo “imigrantes digitais”, aqueles que apenas aprenderam a usar as tecnologias digitais após adultos e, por isso, tendem a buscar informações, inicialmente, em mídia impressa.

Assim sendo, quanto às formas de exclusão digital, além da exclusão cognitiva, menciona-se também a exclusão instrumental, qual seja, a falta de computadores e equipamentos que permitam o acesso à internet. Também há a exclusão infraestrutural, que geralmente ocorre com aqueles que residem em locais sem o devido cabeamento e a transmissão de sinal em rede. Outra forma de exclusão é a financeira, isto é, falta de recursos para custear a internet e equipamentos que permitam acessá-la.

Ademais, como forma de exclusão mais sofisticada, um dos focos desta pesquisa, é a exclusão institucional, que ocorre quando o Estado exige que o indivíduo tenha acesso a direitos por meio da internet. Neste ínterim, retoma-se a ideia de justiça online, cortes virtuais, audiências por videochamada, petições eletrônicas, atendimentos por balcões virtuais – em suma, um sistema jurídico quase que inteiramente online.

Nota-se, portanto, que os infoexcluídos tornam-se novamente excluídos quanto ao acesso igualitário à justiça. O espírito universal do direito, em todos os países, é favorecer os mais fortes em oposição aos mais fracos e amparar os que têm possessões contra aqueles que não possuem nada. Essa inconveniência é inevitável e sem exceções (ROUSSEAU, 1762).

Dessa forma, aqueles que não possuem computadores e equipamentos, infraestrutura de acesso e recursos de custeio de internet, ficam prejudicados na participação de um processo judicial igualitário em um juízo 100% digital. Conseqüentemente, há um comprometimento da efetividade do direito de acesso à justiça.

4 A RECOMENDAÇÃO Nº101/2021 DO CNJ COMO FORMA DE PROTEÇÃO AOS EXCLUÍDOS DIGITAIS

Visto que a atividade jurisdicional, a partir de período pandêmico, passou a ser realizada quase que exclusivamente *online* e, também, considerando que nem todas as parcelas da população tinham contato habitual com as TICs, o Conselho Nacional de Justiça viu a necessidade de abordar esse entrave no acesso à justiça através da Recomendação - CNJ nº101/2021 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021b). Esse documento traz direcionamentos ao judiciário de forma a lidar, dessa vez, não com as mudanças tecnológicas sobre o processo, mas sim com as mudanças tecnológicas sobre os usuários da justiça, a população comum.

4.1 Análise técnica da Recomendação nº101/2021 do CNJ

Logo de início, a referida Recomendação toma por base todo o contexto pandêmico em que se encontra a sociedade, considerando a natureza essencial do acesso à justiça. O texto menciona resoluções que instituíram uma virtualização procedimental nos tribunais e considera, ainda, que os benefícios decorrentes da utilização de novas plataformas e ferramentas tecnológicas não podem ser usufruídos por uma significativa parcela da sociedade brasileira, em razão de sua dificuldade no acesso aos meios digitais.

Em seu artigo 1º, dá a definição de excluído digital, qual seja, “parte que não detém acesso à internet e a outros meios de comunicação digitais e/ou que não tenha possibilidade ou conhecimento para utilizá-los, inclusive com tecnologia assistiva” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021b, p.3). Assim, dá visibilidade para este grupo, apesar de não especificar necessariamente quem são, dentro da comunidade, os vulneráveis tecnologicamente. Outrossim, define audiência mista e audiência presencial, tentando assegurar a prática de atos processuais àqueles que não possuem acesso instrumental às TICs, seja por meio do auxílio na utilização dos equipamentos tecnológicos ou permitindo a realização da audiência por meio não eletrônico.

Com exceção do primeiro e do último artigo desta Recomendação, os outros artigos abordam as diretrizes a serem seguidas pelo poder judiciário, quanto à necessidade de inclusão dos excluídos digitais no processo judicial diante da informatização das cortes, ainda mais no contexto pandêmico.

Assim sendo, no artigo 2º, recomenda-se que haja presença de pelo menos um servidor, em regime de trabalho presencial, para atendimento dos excluídos digitais. Dessa forma, a Recomendação objetiva superar, ao menos, a exclusão cognitiva e instrumental, visto que o servidor, mesmo que cumulando funções, estaria oferecendo equipamento tecnológico e auxiliando o seu uso. Regulamenta, ainda, em seus parágrafos, a prioridade destinada aos idosos, às pessoas com deficiência, às gestantes e outros, bem como orienta o servidor a atualizar dados cadastrais daquelas pessoas contidas nos autos.

Por conseguinte, o artigo 3º se preocupa com o risco biológico de encontros presenciais no período pandêmico e, por isso, recomenda a contínua observância das orientações dos órgãos de saúde, com o intuito de se evitar o contágio da COVID-19. Visto isso, vê-se o risco de contágio como mais um obstáculo na efetivação do direito ao acesso à justiça.

Depois, em seu artigo 4º, considera-se a hipótese de comunicação processual com as partes que não têm acesso à internet ou às TICs, já que, atualmente, diante de resoluções e leis que implementaram processos eletrônicos e procedimentos processuais virtuais, os procedimentos físicos pararam de ter foco no dia-a-dia das cortes. Nesse caso, o referido artigo indica o método de envio de carta, com aviso de recebimento, por oficial de justiça ou por ligação telefônica.

Outrossim, o artigo 5º da Recomendação retoma a questão das audiências e propõe que se disponibilize aos excluídos digitais audiências de conciliação e instrução e julgamento nas modalidades presenciais e mistas, oferecendo às pessoas com deficiência (PCDs) a escolha na participação virtual, sempre que necessário.

Por fim, em seu artigo 6º, orienta que seja anotado nos autos a condição da parte, no que tange à sua condição de excluído digital se assim o for, mediante requerimento para adoção de providências pertinentes, apesar de não especificar quais seriam estas.

4.2 Análise da importância da resolução do CNJ no contexto jurídico atual

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública, de caráter administrativo, que busca administrar o judiciário brasileiro de forma a promover o desenvolvimento do Poder Judiciário em benefício da sociedade por meio de políticas judiciárias e do controle da atuação administrativa e financeira (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021c). Visto isso, de acordo com decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento de Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº12-6/DF foi reconhecida a legitimidade do CNJ em expedir atos de natureza normativa primária, isto é, atos com a mesma força de lei, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, pode-se dizer que, ao orientarem os profissionais jurídicos através de recomendações, o fazem sem que haja sanção externa e institucionalizada, e, por isso, é cabível dizer que as recomendações do CNJ, de acordo com a definição de norma jurídica de Bobbio (2001), não estabelecem obrigatoriedade legal, e, portanto, não vinculam a decisão do magistrado. Neste sentido, admite-se, portanto, que o profissional a quem a recomendação foi direcionada não a aplique caso acredite que outro procedimento possa ser mais indicado para a realização do seu trabalho.

Assim sendo, a Recomendação CNJ nº101/2021 passa a orientar os tribunais brasileiros na adoção de medidas específicas a fim de garantir o acesso à justiça aos excluídos digitais. À vista disso, admite-se que há, portanto, a tentativa de regulamentação do Art.198 do CPC, qual seja:

Art. 198: As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes. Parágrafo único. Será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no caput. (BRASIL, 2015)

Tendo em vista que a Recomendação CNJ nº101/2021 trata-se de política judiciária, isto é, política instituída pelo CNJ, de caráter contínuo ou de vigência determinada, que impulsiona o desenvolvimento de programas, projetos ou ações voltadas à efetivação da Estratégia Nacional do Poder Judiciário pelos órgãos do Poder Judiciário (CNJ, 2020c), é correto presumir que tenta atuar desde a identificação de um problema e o desenho de uma solução, até a implementação, o monitoramento e a avaliação das intervenções realizadas. Sendo assim, visando uma democratização do direito e, igualmente, democratização da administração e do acesso à justiça, o CNJ busca uma padronização da política judiciária nacional. Daí tira-se a importância da atuação deste órgão diante da exclusão digital e da modificação tecnológica que ocorre dentro dos tribunais brasileiros.

Diante da problemática, que é objeto desse estudo, o judiciário reconheceu que se tratava de uma questão que merecia atuação. Visto isso, a criação da referida Recomendação, após diagnosticar o problema, propôs não só o que deveria ser feito, mas também para quem, por quem e como, além de propor um método de acompanhamento. Entretanto, ao longo de apenas sete artigos, isso foi realizado de forma muito breve e superficial.

Posto isso, a Recomendação não levou em consideração o real problema no enfrentamento da dificuldade dos excluídos digitais no acesso à justiça. Essa constatação é fundamentada pelo não reconhecimento de que a parcela da população mais afetada por esse problema é um grupo já vulnerável na estrutura social, já que estes seriam duplamente prejudicados em sua cidadania: primeiro porque muitas vezes desconhecem seus próprios direitos ou os mecanismos digitais de acesso a eles; segundo quando não têm acesso à internet e não conseguem, por exemplo, reclamar seus direitos (SPENGLER; PINHO, 2018).

Dito isso, entretanto, deve-se igualmente reconhecer que o caráter de uma recomendação ou ato normativo não o de fazer uma análise perscrutada do cenário sociocultural e econômico da sociedade, mas apenas tentar solucionar um problema específico. Todavia, nota-se que, apesar da preocupação com o grupo atingido pela falta de acesso às TICs, essa atuação do judiciário não passa de uma medida paliativa a um problema que já perdura no corpo social brasileiro. Dessa forma, uma mera recomendação de sete artigos não chega nem perto de tocar o real problema denunciado por este recorte social, uma vez que os infoexcluídos já sofrem com a dificuldade na garantia de direitos em geral.

Mediante esse quadro, a ausência de real intervenção estatal mormente à problemática citada e, ainda, as poucas discussões, inclusive em meio acadêmico, sobre a perspectiva dos desafios enfrentados pelo cidadão comum no processo de virtualização das cortes, que dá sinais de ser uma mudança permanente, passa a refletir em um debate que recai, majoritariamente, sobre a perspectiva dos obstáculos a serem enfrentados apenas pelos servidores e operadores do direito. Sendo assim, a população comum usuária da justiça, mais especificamente a excluída digitalmente, se tornaria uma espécie de periferia, se levarmos em conta o conceito de Zapata e Sant'ana (2018) quando falam de exclusão digital. Os autores afirmam que o Centro é o gerador e disseminador do progresso técnico enquanto que a Periferia dependente do Centro em termos de absorção tecnológica e posicionamento dentro da cadeia de valor.

Com isto em mente, ressalta-se que a Recomendação CNJ n°101/2021, apesar de representar uma tentativa de propor uma solução ao problema de efetivação do direito de acesso à justiça aos infoexcluídos em tempos de virtualização das cortes, se refere a um sistema ideológico-prático que prioriza a ferramenta sobre o meio ambiente e é indiferente para as sutilezas sociais, culturais e políticas. (ZAPATA; SANT'ANA, 2018).

Sendo assim, o discurso de que a virtualização das cortes traria apenas benefícios pode e deve ser impugnado. Schradie (2011) questiona a crença de que a internet promove um espaço informacional democrático e diversificado. Para ela, a sub-representação da classe trabalhadora online cria um desequilíbrio de pontos de vista e perspectivas. É válido ressaltar, apesar disso, que a utilização das TICs nos diversos setores da sociedade, inclusive dentro dos tribunais, é apenas um reflexo da cibercultura e, por isso, é uma ferramenta não só inevitável de ser usada, mas também necessária. Entretanto, o que se tenta trazer à tona é o ponto de vista de que, em um mundo onde o próprio exercício da cidadania está embasado no poderio de uso das TICs, a atuação dos Estados e das cortes é ínfima diante do problema que é a efetivação do direito de acesso à justiça em um cenário de virtualização das cortes no contexto pós-pandêmico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ponto de partida para análise da problemática apresentada nesta pesquisa, qual seja: a virtualização do judiciário permitiu, de fato, a facilitação do acesso à justiça para todas as pessoas ou representou apenas mais uma barreira na efetivação desse direito para o cidadão que busca soluções para seus conflitos no judiciário? A leitura do livro “Por que ‘quem tem’ sai na frente” de Marc Galanter, (2014) foi essencial. A obra não só apresentou os conceitos de justiça que se alinharam com o questionamento principal feito neste estudo, mas também permitiu que a própria pergunta do título, se aplicada na situação atual do judiciário, incitasse a ideia de que a efetivação do direito de acesso à justiça se tornaria mais dificultoso para alguns grupos, especialmente os excluídos digitais.

O perceptível aumento de necessidade de uso das TICs no contexto pandêmico e pós pandêmico, não só na esfera judicial, mas também em inúmeros outros setores, impulsionou uma clara segregação na sociedade: notou-se que, aqueles que não tinham acesso ou habitualidade no uso das TICs – os excluídos digitais, passaram a ter seu direito de exercício da cidadania prejudicado, pois este exercício passou a ser condicionado ao uso das tecnologias da informação e comunicação. Assim, ao se incluir o direito de acesso à justiça como um dos que compõem o rol de direitos de um cidadão, pode-se concluir que este ficou igualmente prejudicado.

Dito isso, ressalta-se os inúmeros atos administrativos e normativos implementados pelo judiciário com procedimentos e ferramentas virtuais, cujo objetivo era o de inovar a forma de acesso às cortes, permitindo, então, que os processos passassem a transitar de forma mais célere, prática e, presumivelmente, de forma mais acessível no contexto da pandemia. Pressupôs-se a democratização do acesso à justiça. Observou-se, portanto, a inclusão de novas formas de realização de audiências, oitivas, atendimento ao público, sessões de julgamento, citação, entre outros, conforme as possibilidades apresentadas pelo modelo virtual.

Sendo assim, ao se partir do pressuposto da essencialidade das TICs na prestação jurisdicional no contexto da atualidade, essa pesquisa encontra-se ancorada na Recomendação CNJ n° 101/2021, pois a traduz como o ato normativo mais emblemático e recente que trata dos excluídos digitais em relação ao acesso destes à justiça. Dessa forma, investigou-se como o judiciário brasileiro tem agido para evitar a supressão do direito a um acesso igualitário a todos. Disso, conclui-se que, apesar de extremamente necessária, a Recomendação não passa de um primeiro passo na jornada de inclusão, pois, ao que parece, as mudanças nas cortes advindas da implementação tecnológica serão permanentes.

Tendo isso em vista, de acordo com os dados das pesquisas que versam sobre exclusão digital no Brasil, observou-se que são as classes C, D e E as que mais sofrem com a segregação diante do mundo virtual. Portanto, considerando que são também essas classes que mais lidam com a desigualdade social, percebeu-se, através da análise desses dados, que a dificuldade no acesso à justiça vai além da exclusão digital, já que a infoexclusão está abarcada pelas formas de exclusão social, representando mais uma barreira na busca do acesso à justiça.

Ademais, ao se considerar que quem carece de computadores e equipamentos, infraestrutura de acesso, recursos financeiros de conexão à internet, também não tem a possibilidade de igualdade no acesso a um devido processo legal em tribunais 100% digitais e, portanto, não tem efetividade no acesso à justiça. Assim, conclui-se que a exclusão institucional se torna o principal problema na efetivação do direito de acesso à justiça.

Por fim, nota-se, então, que as teorias criadas pelos estudiosos da área de Direito, em relação a um futuro de cortes online, versam muito mais sobre como a implementação tecnológica do judiciário poderá beneficiar todo o sistema jurídico e seus integrantes do que sobre os desafios enfrentados pela população comum a fim de se adaptar a este novo meio judicial.

Não apenas isso, mas também se percebe que as medidas tomadas pelo Estado à fim de estancar a órbice da dificuldade do acesso à justiça pelos excluídos digitais é antálgica.

Posto isto, deve o Estado estar permanentemente preparado e disposto a superar os obstáculos de acessibilidade, de forma prática e eficiente, com o intuito de que nenhuma parcela da população fique prejudicada no seu direito fundamental à justiça, visto que, além de uma exclusão digital, há ainda uma vulnerabilidade social dos infoexcluídos na sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

2,9 BILHÕES de pessoas nunca acessaram a internet. *In*: Nações Unidas Brasil. 2 de dezembro de 2021 Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/161450-29-bilhoes-de-pessoas-nunca-acessaram-internet>. Acesso em: 12 out. 2022.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. E-book. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.html. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial, altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Emenda Constitucional nº 8, de 2020**. Altera o art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à internet entre os direitos fundamentais. DF: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141096>. Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Mensagem presidencial nº 93, de 2020**. Brasília, DF: Poder Executivo, 2020b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1867428. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 14 set. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº185, de 2013**. Institui o sistema processo judicial eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e es-

tabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>. Acesso em: 15 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n° 345, de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 15 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n° 372, de 2021**. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual”. Brasília, DF: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em: 15 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação n° 101, de 2021**. Recomenda aos tribunais brasileiros a adoção de medidas específicas para o fim de garantir o acesso à Justiça aos excluídos digitais. Brasília, DF: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4036>. Acesso em: 1 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Guia de gestão de Política Judiciária Nacional** - Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional. Departamento de Gestão Estratégica, 2021c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf>. Acesso em: 14. set. 2022.

CRESCIMENTO da internet desacelera e 2,7 bilhões ficam fora da rede. In: ONU News. 16 set. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/09/1801381>. Acesso em: 5 out. 2022.

BERRÍO-ZAPATA, Cristian; SANT’ANA, Ricardo Cesar Gonçalves. **Exclusão digital: discurso e poder sobre a tecnologia da informação**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

COUTO, Edvaldo Souza; COUTO, Edilece Souza; CRUZ, Ingrid de Magalhães Porto. #FIQUEEMCASA: educação na pandemia da COVID-19. **Fluxo Contínuo**, Aracaju, v. 8, n. 3, 7 maio 2020. Interfaces Científicas. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/educacao/article/view/8777/3998>. Acesso em: 2 out. 2022.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito**. Tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital e desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

KEMP, Simon. **Digital 2022: global overview report**. 26 jan. 2022. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>. Acesso em: 12 set. 2021.

LIMA, Alison Gustavo de; PINTO, Giuliano Scombatti. INDÚSTRIA 4.0: um novo paradigma para a indústria. **Revista Interface Tecnológica**, v. 16, n. 2, p. 299-311, 2019. Disponível em: <https://revista.fatectq.edu.br/interfacetecnologica/article/view/642>. Acesso em: 8 set. 2022.

MINISTRO Roberto Barroso defende uso de tecnologia para melhorar a prestação jurisdicional. In: Portal STJ. Brasília, DF, 1 março 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461359&ori=1>. Acesso em: 10 set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Relatório do relator especial sobre a promoção e proteção do Direito à liberdade de opinião e expressão, Frank La Rue**. 16 de maio de 2011. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/706200>. Acesso em: 25 ago. 2022.

O ABISMO digital no Brasil. In: PwC Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>. Acesso em: 14 out. 2022.

OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. *In: Organização Pan-Americana de Saúde*. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>. Acesso em: 11 out. 2022.

PASSIANI, Enio; ARRUDA, Maria Arminda do Nascimento. Cultural (verbetes). *In: CATANI, Afrânio Mendes. et al. (Orgs.). Vocabulário Bourdieu*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

PINTO, Pedro Augusto Messias. Virtualidade e acesso à justiça: possibilidades de inovação na resolução de conflitos. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Sergipe: 2021. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/14605>. Acesso em: 23 set. 2022.

PRENSKY, Marc. **Digital natives, digital immigrants**. On the horizon, Bradford, v. 9, n. 5, 2001. Disponível em: <https://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Marco; TAMER, Maurício. **Justiça Digital: O acesso digital à justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato social: princípios do direito político**. Paris: Edipro, 1762.

SCHRADIE, Jen. **The digital production gap: The digital divide and Web 2.0 collide**. Poetics, v.39, n. 2, p. 145-168, 2011. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0304422X1100012X>. Acesso em: 22 out. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**. Belo Horizonte, n. 72, p. 219-257, 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>. Acesso em: 23 out. 2022.

STORINO, Fabio. **TIC Domicílios 2021** - reunião do CGI.BR. São Paulo, 2022. Disponível em: https://cgi.br/media/atas/pdf/20220624-Apresentacao-Cetic_TIC-Dom-2021.pdf. Acesso em: 03 out. 2022.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (UIT). Measuring digital development: Facts and figures., CH-1211., Switzerland Geneva, 2021. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf>

Criminalização da Homotransfobia: uma análise argumentativa da ADO 26

Marcelo Antonio de Castro Rodrigues Rêgo⁴⁴
Fernando Eulálio Nunes⁴⁵

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) número 26 que criminalizou a homotransfobia, utilizando, de forma analógica, a Lei nº 7.716/89 (lei antirracismo). No entanto, antes de adentrar o referido assunto, faz-se necessário um breve aparato histórico e conceitual sobre o movimento LGBTQIA+, dissertando sobre o movimento em si, bem como a violência sofrida pelo grupo e os direitos por eles conquistados ao longo dos anos. Logo após, adentra-se ao Direito em si com uma explicação também histórica e conceitual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para que se tenha um breve rememoração ou conhecimento do que é. Além disso, nesse capítulo são analisadas as diferenças dessa ação para o Mandado de Injunção e a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, assim como é exposto o fenômeno jurídico-político do ativismo judicial. Por fim, dá-se início a análise da ADO 26 entendendo como se deu a propositura da referida ação, como foi o julgamento e o porquê de não ter sido unânime os votos e o reflexo do ativismo judicial nessa ação do controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras chaves: Criminalização da homofobia. Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Ativismo Judicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Abstract

This article aims to analyze the Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission number 26 that criminalized homotransphobia using, in an analogous way, typified in Law 7716/89 (anti-racism law). However, before delving into the aforementioned subject, a brief historical and conceptual apparatus about the LGBTQIA+ movement is necessary, discussing the movement itself, as well as the violence suffered by the group and the rights they have won over the years. Afterwards, enters into the law itself with a historical and conceptual explanation of the Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission, so that there is a brief reminiscence or knowledge of what it is. In addition, this chapter analyzes the differences between this action and the Writ of Injunction and the change in the position of the Federal Supreme Court, as well as the legal-political phenomenon of judicial activism. Finally, the analysis of the ADO 26 begins, understanding how the bill action was filed, how the judgment was and why the votes were not unanimous and the reflection of judicial activism in this action for the concentrated control of constitutionality.

Keywords: Criminalization of homophobia. Federal Supreme Court. Federal Constitution. Judicial Activism. Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality by Omission.

⁴⁴ Bacharelado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior (ICEV), E-mail: marcelocastroreg@gmail.com

⁴⁵ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí; Mestre em Direito pela UFPE; Procurador do Estado do Piauí.

1. INTRODUÇÃO

No mundo, há um termo chamado minoria. Este termo se refere a um grupo de pessoas que são tidas como diferentes da maioria visível e importante da sociedade, sendo essa diferença causada pelas características aparentes, tais como, etnia, raça, religião, gênero, orientação sexual etc. O termo utilizado não tem relação direta com a quantidade de pessoas daquele grupo naquele determinado lugar, por exemplo, a população negra no Brasil representa 54% da população total, de acordo com a pesquisa feita pelo IBGE em 2014 (FONTES, 2021), no entanto, ainda são consideradas minorias por terem menos acesso a direitos do que uma pessoa branca tem.

Dentre essas minorias, encontra-se a população LGBTQIA+, que, não diferente das outras, está à margem da sociedade. Tal marginalização é refletida na forma como essas pessoas são tratadas no dia a dia, como sujeitos que vivem em pecado ou que estão passando por uma fase. Esse tratamento acaba por gerar uma grande instabilidade emocional em razão da violência física e psicológica sofridas, tendo em vista que muitos são submetidos a tratamentos ofensivos ou até mesmo violentados simplesmente por assumirem quem são e viverem de forma verdadeira.

Por conta de todos os tipos de violência sofridas e por serem também cidadãos como qualquer outro brasileiro, os quais merecem ter para si todos os direitos que os outros têm, com fundamento na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XLI, que prevê a punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos fundamentais, além de a prática do racismo constituir crime inafiançável, nos termos do art. 5º, inciso XLII da CF/88, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, visando a criminalização da homotransfobia⁴⁶.

Neologismo trazido por Paulo Roberto Iotti Vecchiati, patrono do partido autor da ação, para contemplar igualmente a discriminação de gênero e de orientação sexual (AZEVEDO, 2021).

Essa ação, intitulada como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/Distrito Federal, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal conjuntamente com o Mandado de Injunção número 4733, que trata da mesma matéria, com o intuito de resolver a omissão legislativa arguida, ou seja, realizar controle concentrado de constitucionalidade para que a Constituição da República Federativa do Brasil possa ter plena e imediata eficácia em todas as suas normas.

Logo, em face das normas constitucionais de eficácia limitada prescritas no art. 5º, incisos XLI e XLII, e, diante da ausência de regulamentação que inviabiliza a efetividade dos direitos e garantias constitucionais asseguradas, abriu-se a possibilidade de ajuizamento da aludida ADO. O objetivo desta é para que fosse sanada a mora legislativa quanto à criminalização da homotransfobia.

Ressalta-se que a inércia do legislador em tipificar essa conduta penal em questão, gera uma inconstitucionalidade, pois tais dispositivos necessitam de uma norma específica para que atinjam a eficácia plena, por isso, foi buscado o processo objetivo de controle para que fosse dada a necessária efetividade às referidas normas constitucionais.

Ocorre que, durante e após o julgamento da ação, houve questionamentos quanto ao exercício do STF, pois acredita-se que ele poderia ter extrapolado suas funções (mesmo aquelas tidas como atípicas) e “criado uma lei”, o que ensejaria uma afronta aos princípios da separação dos poderes e da reserva legal. A conduta proativa do Supremo tem sido contestada, pois é entendida como ativismo judicial, o que pode facilmente ser confundido com uma judicialização da política e uma invasão a outro Poder.

Entretanto, o STF, que desde 2007 adota uma posição concretista no controle de inconstitucionalidade por omissão, deu um grande passo, tanto para a sociedade quanto para o ordenamento jurídico brasileiro, ao reconhecer a mora legislativa e determinar a aplicação analógica da lei nº 7.716 (a lei antirracismo), até que seja elaborada uma norma específica pelo Congresso.

Esse ato judiciário inovador torna importante a análise da ADO 26/DF, tanto para a compreensão da motivação da decisão do STF no aludido julgado como que se entenda o porquê da analogia realizada, bem como a mutação no entendimento acerca do termo “racismo” e como houve a influência do ativismo judicial no julgamento.

Nesse sentido, vislumbrou-se a necessidade de um capítulo introdutório sobre o movimento LGBTQIA+ e, logo após, o segundo capítulo traz o entendimento acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, dando a ideia também do que seria o ativismo judicial e, por fim, adentrar de fato na ADO 26. Deste modo, é fundamental informar que o presente artigo utiliza o método hipotético-dedutivo, o que se caracteriza como uma pesquisa de metodologia bibliográfica, jurisprudencial e legal, assim como descritiva e qualitativa quanto aos objetos e abordagem.

2. O MOVIMENTO LGBTQIA+

2.1 Surgimento e conceito

O movimento LGBTQIA+ é um movimento social civilista que busca a igualdade social, a melhoria das condições daqueles que se identificam como parte dessa minoria, defendendo-os das crueldades que a sociedade causa simplesmente pelo fato dessas pessoas serem quem são e amarem quem amam. A orientação sexual não hétero possui relatos e registros históricos datados de 1.200 a.C., em que se pode afirmar que tais relacionamentos eram bem aceitos pela sociedade da época (BOTELHO, 2020). No entanto, em algum momento ao longo do tempo tudo isso mudou e, em vários países ao redor do globo, as pessoas LGBTQIA+ passaram a ser perseguidas e assassinadas, sendo até considerado um ato criminoso – sendo punido em alguns países com a pena de morte – e tendo propostas e ações como a “cura gay”, já que, para aquela época, a homossexualidade era ligada à psicopatia, a uma doença mental.

Conforme Botelho (2020), essa população, então, passou a ser extremamente perseguida e com tentativas de excluir cada vez mais as pessoas que faziam parte dessa minoria, até que, em 1969, ocorreu o *Stonewall Riots* (a Rebelião de Stonewall), nos Estados Unidos, um marco histórico para a luta dos direitos LGBTs. Tal rebelião, que durou três dias, reuniu gays, lésbicas, travestis e *drag queens* para lutar contra a força policial – porque ser homoafetivo ainda era crime nos EUA – por seus comportamentos autoritários, preconceituosos e pontuais, como as revistas e batidas vexatórias nos bares e boates gays da cidade de Nova York (BOTELHO, 2020). Duas figuras importantes desse movimento foram Sylvia Rivera e Marsha P. Johnson, elas lideraram o movimento, sendo importante ressaltar que a rebelião começou com duas mulheres trans e uma delas negra (STOODI, 2021).

Um ano depois dessa rebelião, na mesma data – 28 de junho de 1970 –, foi realizada uma passeata para demonstrar o orgulho do movimento. Começou com pouca gente, mas ao longo da caminhada mais e mais pessoas se juntaram e, assim, surgiu também a Parada LGBT e o mês do Orgulho, pois foi através dessa revolta que foi consagrado inúmeros direitos e conquistas a essa minoria, apesar de ter muito o que se discutir.

A Rebelião de Stonewall influenciou todo o mundo e no Brasil não foi diferente. Em 1830, a homossexualidade deixou de ser vista como um ato criminoso e, anos depois, em 1981 (após a revolução ocorrida nos Estados Unidos), o Grupo Gay da Bahia travou uma luta para que a homossexualidade não fosse considerada uma doença, tendo a despatologização ocorrido em 1985 no Brasil e, apenas em 1990, pela Organização Mundial da Saúde (BOTELHO, 2020).

Ainda segundo a autora supracitada, outra mudança brasileira significativa, a partir do movimento, foi feita pelo Grupo Triângulo Rosa. Este lutou pela inclusão em dois artigos da constituinte do termo *orientação sexual* ao invés de *opção sexual*, porém não obteve sucesso, o que veio a acontecer anos depois através de leis em tramitação no congresso (BOTELHO, 2020).

A sigla utilizada antigamente nos anos 90 era GLS, fazendo referência a *Gays, Lésbicas e Simpatizantes*. Porém, esse termo mudou ao longo do tempo para abranger cada vez mais orientações sexuais e identidades de gênero. Por isso, passou de LGBT, que faz referência a *Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais* para LGBTQIA+, que acrescentou, além desses já citados, os *Queers*, Intersexuais, Assexuais e mais, sendo esse o conceito da sigla utilizada, unindo gênero e sexo.

2.2 Violência sofrida e direitos conquistados

Os integrantes de grupos LGBTs sofreram muita repressão ao longo dos anos e, com isso, muita violência também. Tais comportamentos estão diretamente ligados à religião e ao machismo, que acabam por querer controlar o comportamento social de uma outra pessoa.

Esse tipo de violência, seja ela física, psicológica etc., tem como “justificativa” por alguns desses agressores a correção, ou seja, acreditava-se que através da violência física conseguiriam “corrigir o erro” que é ser homoafetivo. Essa atitude era ainda pior para as mulheres, visto que acabavam sendo estuproadas para que assim sentissem atração pelo sexo oposto (STOODI, 2021).

No Brasil não é diferente dos demais países, pois, apesar de ter abolido o crime de homossexualidade em 1830, ainda hoje há uma onda de violência e preconceito em razão de gênero e orientação sexual. Uma pesquisa baseada nos bancos de dados do Sistema Único de Saúde revela que a cada uma hora um LGBT é agredido no Brasil. Além disso, no ano de 2020, 237 LGBTs tiveram uma morte violenta por conta desse preconceito, tendo um aumento de 5% em relação aos homicídios registrados em 2019. Entre os falecidos, as mais atingidas são mulheres trans e travestis. O Brasil é responsável pela morte de mais da metade dos LGBTs no mundo e, dentro do país, o risco de ser assassinado no Nordeste é quase três vezes maior do que no Sul (PUTTI, 2020).⁴⁷

⁴⁷A pesquisa foi realizada pela Fundação Oswaldo Cruz, secretarias de Atenção Primária em Saúde e de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, Instituto Federal do Rio Grande do Sul e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, utilizando os dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação.

Não há como negar que as violências contra esse grupo são avassaladoras. Existe um relatório feito pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), que atuou como *amicus curiae* no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF, que assustam e mostra o quanto é necessária a intervenção estatal nessa questão. Os dados são:

Nesse sentido, cabe referir que o ‘Grupo Gay da Bahia – GGB’, admitido nestes autos como ‘amicus curiae’ e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é ‘o campeão mundial desse tipo de crime’. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT:

a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;

b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;

c) das 445 vítimas referidas, 194 [43,6%] eram gays, 191 [42,9%] trans, 43 [9,7%] lésbicas, 5 [1,1%] bissexuais e 12 [2,7%] heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes;

d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no 'ranking' mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;

e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio [8,4 vezes mais];

f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país. (BRASIL, 2019, p. 73)

Essas tragédias demonstram que há a premente necessidade da intervenção estatal através de políticas públicas e de ações que inibam a matança do povo LGBTQIA+. No âmbito do Direito Internacional, os tratados obrigam Estados a defenderem os direitos dessas pessoas com relação à vida, à segurança pessoal e à liberdade e contra a tortura e os maus-tratos. É dever do Estado combater crimes de quaisquer naturezas, inclusive (e principalmente) aqueles considerados crimes de ódio.

Os direitos conquistados por essa minoria ainda são tímidos, mas são um grande avanço e símbolo de muita luta para chegar até onde se está hoje. Pode-se citar como conquista o fato de, em 1990, a Organização Mundial da Saúde deixar de considerar como doença a homossexualidade, chamada até então de *homossexualismo* (MARELLO, *online*).

Restringindo-se ao Brasil, pode-se citar como direito adquirido pelas lutas dos movimentos LGBT+ a realização de cirurgias de redesignação de sexo pelo SUS, autorizada em 2008 pela Portaria N° 457, ampliada pela Portaria n° 2803. Anos depois, a aprovação da Lei Maria da Penha que inclui políticas para mulheres LGBTs; o reconhecimento da união estável homoafetiva, equiparando-se a heterossexual, bem como a adoção pelos casais de mesmo sexo; a autorização da mudança do prenome e da classificação de sexo/gênero por pessoas transgêneros no Registro Civil, não precisando de nada além da manifestação de vontade (MARELLO, *online*).

Outros duas conquistas do movimento, mais recentes e bem significativas, foram concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo elas: a suspensão das restrições para doação de sangue por homossexuais, decidido em 2020; e a outra, objeto deste artigo, a determinação feita pelo Supremo de que a discriminação contra pessoas LGBT é crime, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26, decidida em 2019 por 8 votos a 3, com o entendimento de que esses atos seriam enquadrados nos crimes previstos na Lei n° 7.716/1989 (Lei do Racismo).

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

3.1 Conceito e surgimento

A Constituição da República Federativa do Brasil é uma Constituição considerada, majoritariamente, rígida, ou seja, ela estabelece um processo mais complexo para a sua modificação formal que aquele utilizado para a criação das leis ordinárias e complementares.

Outra corrente, a minoritária, acredita que a Constituição brasileira seria super rígida (WADY, 2008), isto porque, há no corpo constitucional a presença de cláusulas pétreas, logo, uma dificuldade ainda maior para a sua modificação, além disso, existem normas que não podem ser mudadas (as cláusulas pétreas, que, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se no art. 60, §4º, da CRFB).

Sob tal perspectiva, é perceptível que há uma presunção de constitucionalidade quanto às normas jurídicas, pois, se no direito penal há uma presunção de inocência do acusado até que se prove o contrário, no direito constitucional há uma presunção de constitucionalidade das leis até que se declare o contrário. A prova em comento será feita através do controle de constitucionalidade, conseqüentemente, este tem o objetivo de não permitir que uma norma que esteja incoerente permaneça no sistema de forma a desarmonizá-lo.

Para esse controle, foram definidos pela doutrina dois pressupostos importantes: a supremacia da Constituição, que erigiu a Constituição ao topo do ordenamento jurídico estatal, tendo assim superioridade formal e material sobre todas as demais leis e atos normativos do país, portanto, sendo parâmetro de aferição de validade e compatibilização vertical. Além da rigidez constitucional, pelo fato de ter um processo mais dificultoso para a sua alteração, estabelecendo uma gradação hierárquica com a legislação infraconstitucional (ALEXANDRINO, 2017).

Tal incoerência normativa poderá se dar por uma inconstitucionalidade por ação, aquela em que há uma ação do legislador ao elaborar uma lei que é contrária à Constituição; bem como, uma inconstitucionalidade por omissão, aquela que é gerada pela não existência de uma norma que vai completar o sentido de outra norma de eficácia limitada.

Essas situações serão resolvidas por meio do controle de constitucionalidade concentrado, que teve origem na Europa com Hans Kelsen na Constituição Austríaca. A justificativa de que apenas um único órgão deveria fazer esse controle foi que:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devido evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico', para, posteriormente, concluir que 'se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (MORAES, 2003, p. 490).

Esse controle concentrado possui cinco ações diretas que são ajuizadas diretamente ao guardião da CRFB, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Direta De Inconstitucionalidade Interventiva; Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); e a que é alvo de estudo por este artigo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, que se inspirou na Constituição Portuguesa de 1976, tentando combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Essa ação tenta resolver o tipo de incoerência normativa que se dá por meio da inconstitucionalidade por omissão, isto é, ela se baseia no fato do legislador – que tem um dever constitucional de legislar – não ter elaborado uma lei que é de necessidade para que se dê a devida efetividade jurídica a uma outra norma, uma norma de eficácia limitada. Portanto, a CRFB tem essa ação com o seguinte objetivo:

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu. (MORAES, 2003, p. 510)

Então, a finalidade dessa ação é sanar qualquer falta no ordenamento, seja ela total ou parcial. Como diz o Ministro Luís Roberto Barroso a omissão não se restringe aquela referente ao Legislativo, mas a “atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo” (TORRES, 2013, *online*).

Percebe-se que há a necessidade de dar eficácia plena às normas constitucionais para que, assim, atinjam o máximo de efeito jurídico. Com base na divisão tripartida de José Afonso da Silva, existem aquelas normas que são de eficácia plena, contida e limitada, já que, apesar de não haver hierarquia entre as normas, nem todas elas produzem exatamente o mesmo grau de efeitos jurídicos.

Portanto, as normas de eficácia limitada, que são aquelas que não são autoaplicáveis, dependem de uma futura atuação do poder público para que possam atingir o máximo de efeitos jurídicos. Isso poderá ser exigido por meio do controle concentrado de constitucionalidade com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atingindo a eficácia plena. Deste modo, percebe-se que a omissão pode vir de todos os lados, seja pelo Poder Legislativo, pelo Executivo ou até mesmo pelo Judiciário.

3.2 Diferença entre ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção

Apesar da semelhança com o remédio constitucional Mandado de Injunção (MI), essas duas ações que visam sanar a mora legislativa se diferenciam em detalhes significativos.

O MI tem natureza jurídica de processo subjetivo por ser um remédio constitucional, baseado em casos concretos e tem a finalidade de defender direito fundamental previsto na Constituição e dependente de regulamentação; podendo ser impetrado por pessoa natural ou jurídica, individual ou coletivo. Já a ADO, tem a natureza jurídica de processo objetivo por ser uma ação do controle concentrado, visando defender normas constitucionais, dependentes de regulamentação, podendo ser proposta apenas pelos legitimados do rol taxativo do art. 103, da CRFB/88.

Mesmo que existam similitudes entre essas ações, não há que se falar em princípio da fungibilidade, ou seja, quando se utiliza de um processo que é considerado incabível naquele caso, poderá ser válido desde que exista dúvida, seja na doutrina ou na jurisprudência, quanto o que deveria ser utilizado naquela situação e, portanto, ocorreria a substituição de uma coisa por outra.

No caso em comento, numa situação entre um Mandado de Injunção e de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que inexistente a possibilidade de fungibilidade entre as ações já que se tratam de pedidos completamente diferentes. Assim diz o seguinte julgado: “impossibilidade jurídica do pedido de conversão do mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (LENZA, 2020, p.293).

3.3 Mudança de posicionamento do supremo tribunal federal

A ADO é regida tanto pelo art. 103, § 2º, da CRFB, quanto pelo Capítulo II-A da Lei nº 9.868 de 1999. Ambos dispositivos não trazem especificações do que o guardião da Constituição deverá fazer, limitando-se ao comando de dar ciência ao Poder competente para que sejam adotadas as providências, a fim de que seja sanada a mora.

Por uma interpretação literal e centrada do texto da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal deve apenas indicar e comunicar a mora ao poder, não podendo intervir ou fazer qualquer ação mais incisiva para a resolução daquela lacuna inconstitucional, ou seja, adota uma conduta não concretista.

Essa posição não concretista está ligada diretamente ao que é disposto tanto no parágrafo 2º do art. 103 da CRFB, quanto no art. 12-H da Lei 9.868/99. Isto é, o STF limita-se apenas a dar ciência, a comunicar ao Poder competente que aquela norma precisa de uma outra para atingir a sua completa efetividade jurídica.

Um dos principais argumentos dessa posição adotada por alguns doutrinadores diz respeito ao princípio democrático e ao princípio da separação dos poderes, pois, se o Poder Judiciário agir de outra forma, estará adentrando em uma competência de outro poder.

Então, haveria também uma “desobediência” ao *checks and balances system* (a teoria dos freios e contrapesos), já que este consiste no controle do poder pelo próprio poder. Isso quer dizer que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, porém, seria controlado pelos outros. Servindo, deste modo, para evitar abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes, o que seria feito pelo preenchimento da lacuna causada pela omissão.

Até 2007 o STF adotava esse posicionamento, mas, a partir de então, vem adotando a posição concretista. Esta consiste em uma análise mais minuciosa do mérito levado ao tribunal, considerando outros pontos, outros princípios constitucionais, o real motivo, necessidade daquela norma, seu sentido, analisando, assim, qual o contexto da ADO em questão. Aliás, essa ação deve dar uma solução à falta de efetividade da Constituição, se não há essa intervenção é o mesmo que ignorar o objetivo da ação em questão.

Essa posição concretista reflete que, a partir do momento que o Judiciário for provocado, deve analisar o mérito de forma que verifique a mora legislativa e, para além disso, ao confirmar a ausência da norma, deverá ele mesmo suprir aquela lacuna. Ao prolatar a sua decisão, o Judiciário também supre aquela omissão e dá a ela um caráter *erga omnes*.

3.4 Ativismo judicial

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1947. Esse fenômeno jurídico tomou força nas terras norte americanas devido as decisões progressistas, ou seja, o arcabouço jurisdicional da época era considerado revolucionário, o que fez com que a Suprema Corte americana tornasse a utilização mais comum. Dessa forma, acabou por se expandir e ser utilizado por vários outros países ao redor do globo.

O ativismo judicial diz respeito ao avanço do Poder Judiciário sobre outros Poderes, ou seja, tem uma conduta proativa de forma que alguns podem ter uma interpretação errônea de que ele seria superior aos outros por querer regular as opções políticas dos demais Poderes. Como se o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, invadissem e extrapolassem as suas funções típicas e atípicas de forma que invalidasse o sistema de freios e contrapesos.

Muitos desses pensamentos vieram à tona nos últimos tempos por conta de decisões que tiveram grandes repercussões e geraram polêmicas, tal como o julgamento da ADO 26/DF. Situações como esta, permitem o entendimento de que nada mais é do que o Poder Judiciário se utilizando do seu dever constitucional de proteção da Carta Magna, através do controle de constitucionalidade em abstrato de uma norma, de forma que haja uma plena utilização e conformidade no ordenamento jurídico em relação à Lei Maior.

Na verdade, o que há quanto ao ativismo judicial é a atuação do Judiciário referente a assuntos relacionados a políticas públicas, a tópicos ligados ao bem-estar coletivo e social, bem como, ao direito das minorias, como o exemplo citado da criminalização da homotransfobia. Logo, tenta dar efetividade a tópicos que têm sido bastante polêmicos atualmente, por essa razão, há um interesse maior sobre esse assunto.

Apesar dessa ideia que se tem do que é ativismo, não há um consenso doutrinário de que os efeitos sejam positivos ou negativos, até mesmo pela possível confusão feita entre esse fenômeno e o da Judicialização.

3.4.1 Ativismo Judicial ou Judicialização

Muito se discute sobre a similaridade entre ativismo judicial e judicialização, alguns até acreditam ser a mesma coisa, o que encerra em equívoco. Como assevera o Ministro Luís Roberto Barroso, esses fenômenos seriam como primos, que são da mesma família, mas não têm as mesmas origens (BARROSO, 2009). Isso quer dizer que, apesar dessa semelhança, os pontos geradores não são os mesmos. Ainda com o pensamento do Ministro do STF, tem-se o entendimento dado por ele de que a judicialização se trata de um fato, enquanto o ativismo seria uma atitude do Judiciário.

Esse comportamento se dá pela opção que esse Poder tem de ter a iniciativa e de agir de forma única quando interpreta a Constituição; com isso, consegue aumentar a sua abrangência de forma que abarque os marginalizados. Difere, então, da judicialização justamente por esta está atrelada ao dever, ao que foi instituído ao se promulgar a Lei Maior e como ela seria utilizada, deste modo, não se trata de uma opção ou de uma simples vontade de cunho político.

Os pensamentos apresentados por Barroso sofrem algumas críticas e controvérsias por parte de outros pensadores, pois estes acreditam que tais elementos determinados por ele como pontos principais do ativismo são elementos ordinários e completamente necessários em quaisquer julgamentos e por quaisquer juizes, pois se trata de um dever do magistrado. Isso porque ele deve julgar de forma justa e com base no nosso ordenamento jurídico, o que implica na boa utilização daquela norma que se encontra no topo da pirâmide de Hans Kelsen.

Isto posto, percebe-se que, apesar da grande semelhança entre os dois fenômenos, providências políticas que deveriam ser tomadas por outros Poderes, acabam por serem tomadas pelo Judiciário. Daí o fato de que são completamente distintos quanto a sua essência, vez que a judicialização está mais ligada ao lado sociológico e o ativismo a uma subjetividade do julgador.

4. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

4.1 Propositura

A ADO 26/DF trata de um assunto delicado, relativo a uma minoria bastante negligenciada ao longo dos anos e que passa por constantes tipos de violência. Apesar de haver uma evolução na sociedade com o tempo, ainda existe muito preconceito e atitudes criminosas contra a população LGBTQIA+, o que exige a intervenção estatal para que haja uma forma de melhoria dessa situação.

Foi pensando nisso que a então Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), em 2001, propôs um projeto de lei (PL) que determinava sanções a comportamentos homofóbicos, tanto que o PL 5003/2001 ficou conhecido como PL da Homofobia. No entanto, tal projeto teve sua análise bem demorada e se estendeu por inúmeras legislaturas.

Como dito, o projeto foi proposto em 2001, passou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) no mesmo ano e foi arquivado, só retomando em 2004 com novo relator e sendo levado ao Plenário em 2006 para, em seguida ser encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o nome de Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006 (PLC 122).

No Senado, foi encaminhado às Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa, Constituição e Justiça e Cidadania e a de Assuntos Sociais, terminado esses trâmites em 2009. Arquivado novamente, só voltando a ser desarquivado em 2013, quando foi aprovado o requerimento de anexar o presente projeto ao do novo Código Penal Brasileiro, o que não vingou, voltando a tramitar de forma independente por entenderem que seria necessária a criação de uma lei específica para o caso, o que fez o projeto retornar em 2014 à CCJ, mas acabou por ser arquivado novamente.

Por conta dessa mora legislativa, ocorreram duas coisas: a decisão da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) de impetrar um Mandado de Injunção contra o Congresso Nacional, em 10 de maio de 2012, e, no ano seguinte, em 23 de dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS, atual Cidadania) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ambas as ações tinham o mesmo objetivo, qual seja, a condenação criminal específica para todas as formas de homotransfobia, especialmente ofensas (individuais e coletivos), homicídio, agressão, ameaças e discriminação motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima, seja ela real ou hipotética.

O Mandado de Injunção teve, a princípio, a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no entanto, ele não conheceu o remédio constitucional, o que levou a ser interposto um Agravo Regimental, o qual foi conhecido e dado provimento, passando a ter a relatoria do Ministro Edson Fachin. Com relação a ADO, este teve a relatoria do Ministro Celso de Mello, que permaneceu até o fim do julgamento. Então, ao serem conhecidas, as ações passaram a ser identificadas como Mandado de Injunção número 4733 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26.

As ações tiveram como base para sua propositura o artigo 5º, incisos XLI e XLII da CRFB. A utilização desses dispositivos ocorreu, pois o *caput* do artigo estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, além de deixar explícito a sua preocupação e proteção a direitos primordiais, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade.

Ademais, há, ainda, a menção aos incisos supracitados, os quais não deixam dúvidas quanto à intenção do legislador, do mesmo modo que a obrigação do Estado quanto à necessidade de intervenção através de políticas públicas, haja vista determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”. Logo, percebe-se que a Lei Maior não abre espaço para quaisquer atitudes discriminatórias que possam vir a existir na sociedade e, por conta da Constituição Federal/88, apelidada de Cidadã, houve a necessidade de propor as referidas ações para que se pudesse dar efetividade ao que ela preconiza.

4.2 O julgamento e a não unanimidade dos votos

O julgamento da ADO 26/DF, que foi realizado conjuntamente com o do MI 4733, teve início em 13 de fevereiro de 2019 e perdurou até 13 de junho de 2019, totalizando quatro meses de julgamento. Este teve como base os incisos XLI e XLII do artigo 5º, da CRFB/88, ambos incisos, como mencionado no tópico anterior, possuem uma demanda explícita de defesa às minorias de forma a impedir quaisquer tipos de atitudes marginalizadoras, hostis e preconceituosas. Afinal, asseguram que será punida na forma da lei qualquer atitude que atente contra os direitos fundamentais.

As violências sofridas pela população LGBTQIA+ são um grande exemplo de violação a esses direitos, já que atentam diretamente contra dignidade da pessoa humana (princípio este fundamental ao Estado Democrático de Direito). Com isso, observou-se a necessidade de entender a mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional e criminalizar a homotransfobia (art. 5º, XLI), por meio da aplicação analógica da lei antirracismo (Lei 7.716/89), até que seja elaborada lei específica para tal (art. 5º, XLII).

Essa mora legislativa questionada pelas ações não é infundada, pois há um histórico de não apreciação de projetos de leis que envolvem certos temas pelo Congresso Nacional, seja por questão ideológica ou qualquer outro tipo. O fato é que há um atraso nos trâmites legislativos que versam sobre assuntos da população LGBTQIA+, por exemplo, a falta de esforço em debater o projeto de lei introduzido pela Deputada Federal do PT ou mesmo tratar sobre o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a utilização do nome social. Esses assuntos foram objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, ao ser provocado para a prestação da tutela jurisdicional, mas nunca foram objeto de apreciação de fato por aquele Poder que tem o dever constitucional de legislar sobre essa matéria (arts. 22, I, e 48, caput, da CRFB).

Como em todo processo, há o contraditório e a ampla defesa, então, tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados se manifestaram sobre a acusação de mora legislativa. O Senado alegou que era inverídica a acusação, tendo em vista que havia inúmeros projetos de lei em tramitação sobre a matéria e estão sendo discutidos para que possam entrar em vigor. Dessa forma, pediu que a ação fosse julgada improcedente, já que há esses projetos e que deve ser garantida a legalidade e a separação dos poderes, sendo o Poder Legislativo independente. Enquanto a Câmara dos Deputados se resumiu a dizer que, em 23 de novembro de 2006, aprovaram o Projeto de Lei nº 5003/01 e que, seguindo o processo legislativo, foi enviado ao Senado Federal para continuidade.

No entanto, a argumentação feita não foi acatada pelo decano Ministro Celso de Mello, o qual disse em seu posicionamento que a mera tramitação de diversos projetos não descaracteriza a inércia do Legislativo de cumprir o seu dever constitucional.

Tem-se, pois, que é unicamente atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos indispensáveis à efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição.

Decorridos mais de trinta [30] anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.

Tenho por inacolhível, por isso mesmo, a alegação de que a mera existência de proposição legislativa no Congresso Nacional afastaria, por si só, a configuração, na espécie, de inércia por parte do Poder Legislativo. (BRASIL, 2019, p. 46 – 47, grifo nosso)

Esse pensamento e voto do ex-ministro Celso de Mello não foi seguido por parte dos outros julgadores, não havendo um entendimento unânime quanto ao assunto. O que é esperado por se tratar de um tema delicado e de grande repercussão.

A diversificação dos votos se deu da seguinte maneira: a maioria decidiu por acatar grande parte dos pedidos feitos (representados aqui pelos ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes), enquanto outros ministros decidiram por acatar uma pequena parte dos pedidos (representados pelos ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli) e aquele que não acatou nenhum (o ministro Marco Aurélio).

Os oito ministros que seguiram o voto do Relator, o ex-ministro Celso de Mello, entenderam que a ação deveria ser julgada parcialmente procedente no sentido de declarar a mora do Congresso Nacional e dar a ciência a ele e que deveria ser feita a analogia ao crime de racismo regido pela Lei nº 7.716/89. Os outros dois ministros (Lewandowski e Dias Toffoli) decidiram julgar parcialmente procedente a ação apenas com a declaração de mora e a ciência do Congresso, enquanto o Min. Marco Aurélio julgou completamente improcedente a ação.

Analisando os votos ofertados pelos Ministros, percebe-se que se deu dessa forma: o decano Celso de Mello lembrou que os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição estabelecem a previsão constitucional de criminalização de atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, o que inclui a população LGBTQIA+ e que a mora legislativa questionada pela ação é um ato prejudicial a hegemonia da Constituição. Além disso, é uma afronta ao princípio da igualdade, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. [...] A ausência de efetiva reação estatal às injustas agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis e a recusa do Poder Público a enfrentar e superar as barreiras que inviabilizam a busca da felicidade por parte de homossexuais e transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório, traduzem omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da igualdade (BRASIL, 2019, p. 136, p. 101).

O Ministro Edson Fachin (relator do MI 4733), assim como o ex-ministro Celso de Mello, entende a existência da previsão constitucional e utiliza como embasamento do seu voto as informações trazidas por *amicus curiae* e reforça a existência da exclusão social da comunidade LGBTQIA+, tal como negros e pobres, havendo então um desrespeito ao princípio da igualdade.

Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.

Por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, impedir ou obstar acesso à órgão da Administração Pública, ou negar emprego em empresa privada, por exemplo, são condutas típicas, nos termos da Lei 7.716/1989. Se essas mesmas condutas fossem praticadas em virtude de preconceito a homossexual ou transgênero, não haveria crime. Afirmar que uma República que tem por objetivo 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' tolera alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, ao tempo em que protege outros, é uma leitura incompatível com o Texto Constitucional." (BRASIL, 2019, p. 213)

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, lembrou os requisitos para a declaração da mora legislativa, falou sobre a eficácia das normas e a necessidade do conflito entre a Constituição e o Poder Público com sua atuação (ou falta dela). Ele entende, assim como os outros, que há uma necessidade constitucional de normatização dos atos atentatórios à população LGBTQIA+, principalmente ao ter conhecimento dos dados trazidos pelos *amicus curiae* e que o Poder Legislativo se encontra em mora, apesar dos projetos em tramitação. Afirmar que o Congresso Nacional possui comandos obrigatórios de combate às discriminações sofridas por grupos minoritários, sendo necessária a edição de lei no caso em comento, e até lá, utiliza-se a lei antirracismo.

Não há, portanto, qualquer razão constitucional ou lógica para que, em semelhante hipótese de exigência constitucional de edição legislativa para punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, se ignore a necessidade de edição de tipos penais. [...] a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e efetivada pela aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entre elas, os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal. (BRASIL, 2019, p.265)

Outros ministros seguiram a mesma linha de raciocínio, diferente dos ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio Mello. O Ministro Lewandowski, em seu voto que destoou dos outros oito ministros, reconheceu os desafios enfrentados pela população LGBTQIA+ e que as condutas discriminatórias sofridas por eles deveriam sim ser criminalizadas. Com isso, o ministro conheceu a mora legislativa e afirmou que os Poderes estão em débito com inúmeros grupos marginalizados, como as mulheres, havendo uma urgência quanto à necessidade de intervenção estatal. No entanto, sua decisão se limita a declaração de mora do Congresso Nacional e a ciência deste dessa condição.

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Ante o exposto, voto no sentido de que, parcialmente conhecida, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias. (BRASIL, 2019, p. 514).

Já o Ministro Marco Aurélio, deixou consignado em seu voto um entendimento completamente contrário à maioria dos ministros, isto porque julgou totalmente improcedente a ação. Para ele, deve haver uma delimitação quanto à atuação do STF com relação a outros Poderes e lembrou que é reservado ao Poder Legislativo a legislação sobre matéria penal. Então, apesar de haver a necessidade do combate a tal ato discriminatório, para o ministro, não há como estender o conceito de racismo às discriminações e preconceitos dirigidos à comunidade LGBTQIA+, pois, se feito isso, haveria um desrespeito aos princípios da reserva legal, separação dos poderes, além de praticar analogia *in malam partem*.

Eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela 'orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima' há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Ausente imposição, no âmbito criminal, de ordem ao legislador, reconhecer eventual omissão do Congresso Nacional não merece apoteose. (BRASIL, 2019, p. 556)

Mesmo sem a unanimidade dos votos, a ação foi conhecida e julgada parcialmente procedente no julgamento que teve fim no dia 13 de junho de 2019, por oito votos a três, devendo-se usar analogicamente a lei 7.716/89 para atos discriminatórios contra a população LGBTQIA+.

4.3 ATIVISMO JUDICIAL NA ADO 26: REFLEXOS NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS (SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA LEGAL) E A ANALOGIA AO RACISMO

O fenômeno do ativismo judicial é recente e, por conta disso, não há na doutrina uma definição correta e nem uma conclusão se é ou não algo bom para o ordenamento jurídico. Apesar disso, percebe-se na jurisprudência cada vez mais a presença de uma conduta proativa do Judiciário, o que é uma característica do ativismo judicial, podendo até ser confundido como uma ofensa ao sistema dos freios e contrapesos, como já comentado em tópico próprio.

No julgamento da ADO 26/DF, o STF não agiu diferente e inovou com a adoção dessa postura concretista direta, geral e com efeito vinculante. Essa iniciativa do Judiciário, fez com que houvesse o entendimento da mora legislativa, mas não só. Sem informar um prazo ou obrigar a edição de uma lei pelo Congresso, determinou a utilização da Lei 7.716/89 de forma analógica para criminalizar as atitudes homotransfóbicas.

Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: [...] d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS [caso Ellwanger], na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão. (BRASIL, 2019 p.10).

Essa decisão é um grande passo para a sociedade e para o Direito, tendo em vista que é uma decisão inovadora e ousada do Poder Judiciário e, por conta disso, desperta inúmeras opiniões acerca do rumo tomado pelo STF. Muitos acreditam que tal decisão viola diretamente o princípio da separação dos poderes, pois entendem que o Supremo teria usurpado a competência do Legislativo e “criado uma lei”, violando o também princípio da legalidade e da reserva legal.

O fundamento desses pensamentos está no art. 5º, XXXIX, da CRFB, o qual afirma que não há crime sem lei anterior que o defina, ou seja, há uma parcela que entende que de fato o STF realizou a criação de uma nova norma e não apenas um claro exemplo da posição concretista adotada em 2007. Isso é visto como a criminalização de uma conduta não antes tipificada e, podendo gerar insegurança jurídica.

Dentre os pensadores está Pedro Lenza, que expõe não achar viável a atitude tida pelo Tribunal e acredita que seja uma invasão a outro Poder.

[...] mesmo que se esteja diante de interpretação conforme à Constituição. Pensamos que o Supremo ‘legislou’, e, nesse sentido, por mais que tenhamos a expectativa de um STF mais ativo no controle das omissões normativas, essa atuação positiva em matéria penal, definindo condutas criminosas, mostra-se muito delicada. (LENZA, 2020, p. 299)

Portanto, entende-se o enquadramento da homotransfobia ao crime de racismo como um ato de analogia *in malam partem*, afrontando não só os princípios constitucionais como os penais. Isso gera uma grande confusão por ser compreendido a legalidade penal como um “tudo ou nada” e não se admitir uma criminalização sem ser pelo Poder Legislativo.

No entanto, em seus votos, os ministros discorreram sobre tal problemática, já que é uma discussão inevitável. Durante os votos, muitos ministros optaram por fazer uma breve conceituação do termo racismo e é perceptível uma ideia de mutação no termo para se encaixar tanto a modernidade dos tempos quanto ao caso julgado. É possível ter essa noção no voto do min. Luiz Fux, que diz:

[...] Mas o Judiciário não está criando uma figura. O Judiciário está fazendo a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia. O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra o homem de carne e osso, integrantes da comunidade LGBT, judeus e afrodescendentes. Tudo isso é racismo (BRASIL, 2019, p. 406).

Quase todos os ministros buscam fazer essa conceituação para que seja compreensível que o racismo é uma ideologia que prega a inferioridade de um indivíduo em relação a outros, o que se encaixa perfeitamente na homotransfobia, o que faz ser viável a analogia proposta. A criminalização da homotransfobia pelo STF foi uma tentativa de combater e aliviar a violência brutal sofrida por esse grupo e garantir direitos básicos e proteção por meio de penalidades criminais, apesar de ser uma ação juridicamente criticável em certos pontos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento da ADO 26/DF representa um marco histórico para a população LGBTQIA+ que vivia (e ainda vive, de certa forma) à margem da sociedade e também é um importante ato para o ordenamento jurídico, isto porque pode ser visto como uma ação que teve um desfecho justo, porém duvidoso.

A dúvida é proveniente da conduta proativa do Supremo Tribunal Federal ao determinar o uso da lei antirracismo de forma analógica ao crime de homotransfobia. Essa utilização do ativismo judicial gerou uma certa insegurança jurídica, tendo em vista que há a percepção de infringências de importantes princípios do Direito Constitucional e Penal, tais como o da separação dos poderes e da legalidade, nesse caso, sob vertente de reserva legal.

No entanto, é uma clara ideia da evolução do mundo como um todo (seja em sentido social, jurídico), pois com o passar dos anos e a sedimentação de novos entendimentos, o comportamento em sociedade, as normas etc. vão mudando e é imprescindível que o Direito acompanhe tais mudanças. A ADO 26 é um exemplo da urgente necessidade de novas demandas sociais que são impostas ao Judiciário.

De fato, o julgamento desse tema foi de extrema necessidade pública e que já deveria ter sido alvo de uma análise há tempos, mas ao ser feito não deixou de ter o olhar crítico e pensativo dos magistrados. Logo, não há no que se falar em erro grosseiro nesse julgamento, mas em uma ação que teve como base uma conduta nova do Judiciário, que ainda está se consolidando.

O ativismo judicial e a posição concretista são estampados em atos judiciais recentes e propõem uma atuação mais proativa e efetiva do Judiciário na resolução de demandas que outros Poderes não resolveram, mesmo diante seu dever constitucional ou qualquer outro empecilho. Entretanto, deve haver um equilíbrio e parcimônia em sua utilização para que não ocorra o que se acusa no julgamento da ADO 26/DF, o da invasão de um poder no outro.

Apesar disso, esse grande passo na história do movimento LGBTQIA+ tem sido aproveitado de maneira satisfatória ao longo dos anos, após o trânsito em julgado da decisão. Mesmo sendo cedo para apreciar o impacto da decisão na criação de dispositivos de combate à homotransfobia, é possível a identificação de mobilizações oficiais por conta da decisão em alguns estados, como é mostrado em uma pesquisa feita pela ONG *All Out* (BUGARELLI, *et al.*2021).

Embora se tenha obtido resultados satisfatórios com a decisão, ainda é evidente a necessidade de melhorias quanto a forma dos agentes de lidarem com a situação, pois ocorre o chamado de violência institucional, mediante a qual as pessoas são desencorajadas por agentes públicos a denunciarem ou até mesmo desconsiderar ou diminuir a gravidade da violência sofrida.

Porém, sabe-se que esse caminho é longo e que ainda é necessária uma mudança de mentalidade e consciência por parte da sociedade e dos órgãos públicos e seus servidores, bem como uma maior atuação estatal em proteção aos direitos das minorias. A decisão de criminalização da homotransfobia foi apenas um dos passos para o reconhecimento do preconceito e discriminação sofridos pela população LGBTQIA+ de forma estruturada.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado I**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

AZEVEDO, Igor Nóvoa dos Santos Velasco. A criminalização da homotransfobia e a judicialização da política no STF como forma de concretizar direitos fundamentais. **Jus**, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92013/a-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-judicializacao-da-politica-no-stf-como-forma-de-concretizar-direitos-fundamentais>. Acesso em 01 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498><https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 29 out. 2021.

BOTELHO, Isabella. Orgulho LGBTQI+: conheça a história do movimento por direitos. **Mercadizar.com**, 2021. Disponível em: <https://mercadizar.com/noticias/orgulho-lgbtqi-conheca-a-historia-do-movimento-por-direitos/>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: 26**. Requerente: Partido Popular Socialista (PPS). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Impetrado: Congresso Nacional. Relator Min. Edson Fachin. Portal STF. Processos. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 out. 2021.

BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. **LGBTifobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização**. São Paulo. *All Out* e Instituto Matizes. 2021.

FONTES, Leonardo. Maioria da população brasileira é negra e feminina mas governada por homens e brancos. **EcoDebate**, 2021. Disponível em: ecodebate.com.br/2021/10/14/maioria-da-populacao-brasileira-e-negra-e-feminina-mas-e-governada-por-homens-e-brancos/. Acesso em 01 nov. 2021.

JUNIOR, Jeriel Vieira. **O Julgamento da ADO 26 e MI 4733 como Reflexo do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal** - Análise da Possível Violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Curitiba. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARELLO. **ORGULHO: 10 DIREITOS CONQUISTADOS PELA COMUNIDADE LGBT+**. *Online*. Disponível em: <https://marello.legal/novidades/direitos-lgbt-lesbica-gay-homossexual-casamento-heranca-pensao-homofobia-genero>. Acesso em 01 nov. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Felipe Natil Martins. **O STF e a criminalização da homotransfobia: uma análise argumentativa sobre a ADO 26**. Disponível em <https://sbdp.org.br/publication/o-stf-e-a-criminalizacao-da-homotransfobia-uma-analise-argumentativa-sobre-a-ado-26/>. Acesso em 27 out. 2021.

PUTTI, Alexandre. Um LGBT é agredido no Brasil a cada hora, revelam dados do SUS. **Carta Capital**. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/um-lgbt-e-agredido-no-brasil-a-cada-hora-revelam-dados-do-sus/>. Acesso em 30 out. 2021.

STOODI. Movimento LGBT: o que é, história e muito mais!. **Stoodi**. 2021. Disponível em: https://www.stoodi.com.br/blog/atualidades/movimento-lgbt-o-que-e/#O_que_e_o_movimento_LGBT. Acesso em 01 nov. 2021.

TORRES, Eduardo Marinho de Brito. Efeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: uma análise das suas possibilidades. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/efeitos-da-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-uma-analise-das-suas-possibilidades/>. Acesso em 28 out. 2021.

WADY, Ariane Fucci. O que é constituição "super-rígida?". **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/21663/o-que-e-constituicao-super-rigida-ariane-fucci-wady>. Acesso em 01 nov. 2021.

Os casos de bloqueio das Plataformas Virtuais: Uma análise da jurisprudência brasileira

Ana Clara Soares do Monte e Silva
Idelcelina Barros Ximenes

Resumo

O presente trabalho visa pesquisar como o ordenamento jurídico brasileiro atua na regulamentação das plataformas virtuais, através do estudo de casos e sentenças de bloqueio de aplicativos e plataformas virtuais fundamentados no art. 12 do Marco Civil da *Internet*, Lei nº 12.965/2014, e como são aplicadas no território nacional. O estudo busca ainda analisar a proporcionalidade das decisões de bloqueio. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental a critério da pesquisadora através de decisões judiciais, artigos, reportagens, sentenças, monografias, dissertações, teses, entre outros trabalhos relacionados ao tema, nas bases de dados da SCIELO, Google Scholar, entre outros Periódicos e bancos de dados acadêmicos. O estudo está dividido em: o uso de aplicativos para atividades ilícitas; o direito internacional e a internet e o direito brasileiro e a possibilidade de bloqueio de aplicativos.

Palavras-chave: Bloqueios; Suspensão; Aplicativos; Plataformas Digitais.

Abstract

This paper aims to research how the Brazilian legal system acts in the regulation of virtual platforms, through the study of cases and sentences of blocking applications and virtual platforms based on art. 12 of the Marco Civil da Internet, Law No. 12,965/2014, and how they are applied in the national territory. The study also seeks to analyze the proportionality of blocking decisions. A bibliographic and documentary research was conducted at the discretion of the researcher through court decisions, articles, reports, sentences, monographs, dissertations, theses, among other works related to the theme, in the SCIELO and Google Scholar databases, among other Periodicals and academic databases. The study is divided into: the use of apps for illicit activities; international law and the internet; and Brazilian law and the possibility of blocking apps.

Keywords: Blocking; Suspension; Applications; Digital Platforms.

INTRODUÇÃO

A *internet* é um marco inegável no desenvolvimento humano, o seu desenvolvimento permitiu não só o desenvolvimento de habilidades pessoais e interpessoais. Por meio de programas de computador/*smartphones* voltados para o processamento de dados, os aplicativos integram a vida humana com uma premissa simples: facilitar a execução de tarefas, telecomunicações, vendas, entre outras incontáveis funções que se fazem presentes diariamente nas atividades humanas.

Contudo, a *internet* e seus aplicativos estão sujeitos a serem utilizados como ferramentas para a prática de atividades ilícitas. Ao passo que se desenvolve e se populariza entre todas as camadas da sociedade, nota-se também um aumento significativo de atividades ilícitas, sendo executadas por meios digitais gerando o surgimento de crimes virtuais.

A partir deste panorama, os países perceberam a necessidade de positivar os direitos diante a rede mundial de computadores e criar limites para o exercício das atividades no meio virtual. Desta forma, foram criados diversos textos normativos internacionais, que no Brasil culminou na Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, o primeiro dispositivo a tratar de forma mais específica e rigorosa sobre o uso da internet, e por tabela os aplicativos, em território brasileiro. O Marco Civil define os princípios para uso da rede, os direitos e deveres de usuários, de provedores de serviços de conexão, *sites* e aplicativos.

Todavia, mesmo com uma legislação vigente há 7 anos, percebeu-se sérios empasses entre a relação das plataformas digitais com a legislação brasileira e consequentemente a intervenção do poder judiciário. Dentre as diversas possibilidades de aplicação dos dispositivos presentes no Marco Civil observa-se a adoção reiterada da suspensão das atividades dos aplicativos dentro do território nacional, popularmente conhecida como bloqueio dos aplicativos. Em que situações essa medida pode ser aplicada? É um questionamento que suscita muitas discussões.

Neste sentido, o presente trabalho busca analisar como o ordenamento jurídico brasileiro vem atuando na regulamentação das plataformas virtuais, através do estudo de casos e sentenças de bloqueio de aplicativos e plataformas virtuais e como são aplicadas no território nacional.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental realizada através de pesquisa em decisões judiciais, artigos, reportagens, sentenças, monografias, dissertações, teses, entre outros trabalhos relacionados ao tema, nas bases de dados da SCIELO, Google Scholar, entre outros Periódicos e bancos de dados acadêmicos.

1. O uso de aplicativos para atividades ilícitas

A *internet* é uma tecnologia inovadora na sociedade contemporânea desde que começou a se popularizar, tornou-se um meio inovador na maneira de se expressar. Por meio da *internet*, o processo da informação tem ocorrido de forma praticamente instantânea. Aproveitando-se da interatividade, as plataformas digitais dispõem da facilidade de troca de mensagens, onde o usuário pode digitar, falar, ler, ser ouvido e visto em tempo real (PEREIRA & FERREIRA, 2020).

Em contrapartida, os crimes cibernéticos são propiciados pelo anonimato e a impunidade contínua, sendo um atrativo para o cometimento de ilícitos. Devido ao grande problema carcerário do Brasil, o poder judiciário tem aplicado penas alternativas aos agentes de delitos como estes (ARRUDA, 2021). Todavia, o que se discute no presente artigo não é a conduta ilícita de um agente dentro de determinada Plataforma, mas sim a falta de colaboração delas em agirem de forma mais transparente com o ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Os Aplicativos como Aparelhos Ideológicos

Os aplicativos possuem grande poder de atuação na sociedade. No estudo de Carvalho (2016), foi discutida a hipótese da utilização do *WhatsApp*® como Aparelhos Ideológicos do Estado (AIE), que seriam aparelhos formadores de opinião, diálogos e relações interpessoais. No artigo a autora cita diversos tipos de AIE, como a escola que ocupa papel estratégico com a função de educar e reproduzir relações sociais e capitalistas, do mesmo modo que na idade média a igreja era um aparelho ideológico do Estado religioso, acumulando diversas funções, que aos poucos pulverizadas em diversas instituições, como a escola na função de educar e a mídia na função de informar e dar condições de acesso à cultura.

Na contemporaneidade os aparatos tecnológicos midiáticos, em especial ao *WhatsApp*®, pode ser considerado um AIE contemporâneo, a partir da privatização da informação e da cultura reorganizando a vida e as relações sociais que ficam à mercê de um poder privado que o sustenta (CARVALHO, 2016).

Portanto, considerando os aplicativos como aparelhos ideológicos, estudam-se as problemáticas que eles podem gerar dentro de um contexto social, alguns exemplos são a manipulação de eleições democráticas em vários países como na eleição de 2016 dos Estados Unidos e na de 2018 do Brasil, em que se observa e ainda hoje é pauta de estudos inclusive objeto de projetos de Lei no Brasil, o quanto as *Fake News* (em tradução livre: notícias falsas) são instrumentos formadores de opinião, ainda que opiniões equivocadas e fundamentadas em mentira, quando compartilhadas repetidas vezes através das comunicações em massa que as redes sociais permitem, elas podem causar um dano à sociedade como um todo.

1.2 O Uso de Aplicativo para Produção de Provas

Os crimes virtuais e crimes praticados também em ambiente virtual e quando o judiciário demanda determinada informação que possa formar prova de crimes dentro de plataformas virtuais, surgem os primeiros problemas entre as Plataformas Virtuais e a conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Estas plataformas quando são chamadas em um determinado processo para uma instrução processual demonstram-se, muitas vezes, relutantes em oferecer ou produzir provas.

As argumentações que estas empresas utilizam para o não compartilhamento destas informações para a produção de prova variam desde *WhatsApp*® no ano de 2016 (Processo nº 201655090027) até mesmo no caso mais recente do *Telegram*®, em 2022 (Pet 9935). No primeiro caso, o aplicativo *WhatsApp*® se opôs a fornecer dados relativos a mensagens criptografadas por não ser possível desfazer a segurança da criptografia. No segundo caso, o *Telegram*® não utiliza criptografia em suas mensagens, todavia a empresa argumentou o não recebimento do *e-mail* oficial da justiça comunicando as ações necessárias, argumentando que o endereço eletrônico havia sido alterado e não atualizado por parte do banco de dados da justiça brasileira.

A criptografia consiste na geração de códigos únicos chamados de chaves entre o emissor e o receptor da mensagem, onde só com uma destas chaves seria possível acessar o seu conteúdo. A utilização de mecanismos criptográficos para fins privados (para comunicação online e armazenamento de dados) tornou-se cada vez mais comum, autoridades passaram a enfrentar diversas dificuldades em relação à obtenção de dados no contexto de investigações criminais. Este cenário ensejou debates acerca da necessidade de uma regulação jurídica da criptografia, impondo possíveis restrições à sua utilização. De um lado facilitaria o acesso por autoridades; de outro, poderia gerar enormes consequências em relação à segurança e privacidade de cidadãos (LIGUORI FILHO; FAVARETTO SALVADOR, 2018).

Este debate acerca da criptografia foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527, em que foi entendido a partir do voto da ministra relatora Rosa Weber, que compreendeu que a criptografia já é amplamente utilizada, além de ser uma ferramenta indispensável de segurança e privacidade para as comunicações. Também assegura o comércio eletrônico e transações bancárias, utilizada inclusive como ferramenta de segurança de grupos de direitos humanos que atuam contra regimes opressivos em todo o mundo. Desta forma, não sendo possível obrigar as empresas a deixarem de utilizá-la, sob pena de violar os princípios da proteção do sigilo das comunicações e das informações (STF, 2018).

2 O direito internacional e a *internet*

A *internet* mundial por ser um campo aberto de comunicação e informação, permite que um conteúdo possa ser criado em qualquer local do planeta e que seja visualizado em um outro totalmente distinto de sua origem. Desta forma, o Direito Internacional se vê diante de um impasse, pois não é possível criar uma legislação única que coordene a *internet* tão facilmente. O que pode ser lícito em um país pode ser ilícito em outro, portanto, a responsabilização por um conteúdo ilícito fica em um abstrato normativo, dependendo da legislação do país em que se reconheceu a ilicitude, dispor ou não de meios para regulação.

2.1 Direito Internacional Público e a Soberania para Legislar

Conforme Portella (2009) leciona, o Direito Internacional Público apesar de limitar a soberania nacional, não exclui a soberania, os Estados continuam com uma série de competências para deliberar em caráter exclusivo, acerca do desenvolvimento da vida social dentro dos respectivos territórios no tocante a diversos temas, inclusive os meios virtuais utilizados dentro do território nacional, tarefa que é cumprida por meio da ordem jurídica e dos órgãos estatais com poderes para tal.

No âmbito do Direito Internacional em vários dos seus ramos específicos como Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Direito do Comércio eletrônico buscam regularizar o uso da internet de forma a preservar o direito à liberdade, privacidade e segurança jurídica. Questões como comércio eletrônico internacional, proteção propriedade intelectual, espionagem, as infrações penais e civis, a cooperação internacional são temas discutidos na Sociedade Internacional com fulcro de regular os fenômenos fruto dessa interatividade com o espaço virtual (ALVES & BRITO, 2019, p.81).

Dessa forma, cabe ao Brasil deliberar normativamente sobre a atuação destas plataformas em território nacional, independentemente de onde seja a sede operacional. É estimulado que estas plataformas de grande relevância criem sedes no Brasil para que as demandas não só jurisdicionais, como também civis de seus usuários sejam repassadas diretamente para representantes delas no Brasil.

A discussão de liberdade civil frente à segurança coletiva e privacidade dos dados digitais também foi levantada no estudo de Alves e Brito (2019), onde é reforçado que: além de ser uma questão jurídica também é uma questão ética entre ordenamentos jurídicos distintos. Sobretudo, na presença ou não de um representante no Brasil de empresas como o *Facebook*® e *WhatsApp*®, existe desde o princípio um impasse de soberania entre países, pois os dados exigidos pela justiça brasileira encontram-se armazenados nos bancos de dados localizados nos Estados Unidos, portanto, seguindo as leis estadunidenses. Estas empresas, portanto, encontram-se divididas entre dois ordenamentos distintos.

Todavia, o que observamos no julgamento de bloqueio mais recente que envolveu o aplicativo *Telegram*[®] (Pet 9935), foi inicialmente justificado por parte da empresa que ela não seguiria as normas brasileiras por não ter sede no Brasil, como outros grandes aplicativos como o *WhatsApp*[®] e o *Instagram*[®] possuem. No entanto, tal justificativa é totalmente equivocada, o Marco Civil da *Internet* (Lei n°12.965/2014) já afirmou um entendimento superior a este conflito de territorialidade no art. 11, parágrafo 2°, entende-se que: desde que tal plataforma atue em território brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil, ela já está sujeita à legislação e ao poder judiciário brasileiro.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 2° O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Levanta-se dois questionamentos diante destes impasses frequentes de territorialidade: primeiramente questiona-se, se a criação de tratados internacionais facilitaria a comunicação e cooperação entre países. Em seguida, questiona-se também se os aplicativos não estão tirando proveito desta incerteza legislativa para atrasar na entrega de informações e até mesmo se esquivar de cooperar com investigações dentro de suas plataformas.

Para responder o primeiro questionamento é possível observar uma movimentação internacional para a criação de novos parâmetros legislativos, como será discutido no tópico a seguir. Diante do segundo questionamento levanta-se a tese da responsabilidade civil: não é possível eximir a responsabilidade das plataformas digitais que será discutida de maneira mais extensa no tópico 3.1 deste artigo.

2.2 Novos Parâmetros Legislativos

Um marco recente na legislação brasileira, foi a adesão à Convenção de Budapeste (2002) ou também conhecida como Convenção sobre o Cibercrime. A adesão foi votada ainda em 2021, no entanto, ainda está aguardando promulgação. Este documento tem por objetivo listar os principais crimes cometidos por meio da rede mundial de computadores, e foi o primeiro tratado internacional sobre crimes cibernéticos. Entre as questões tratadas na Convenção de Budapeste estão a criminalização de condutas, normas para investigação e produção de provas eletrônicas e meios de cooperação internacional (MPF, 2021).

O que levantou também discussões sobre a inclusão na legislação brasileira da obrigação de *sites* e plataformas comunicarem os órgãos de persecução penal sobre casos de crimes praticados por seus usuários, o que ainda hoje é uma lacuna legislativa (MPF, 2021).

Ainda em tramitação, o Projeto de Lei n°2.630/20, o Projeto de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet*, denominado vulgarmente como PL das *Fake News*, visa o aperfeiçoamento da legislação brasileira referente à liberdade, responsabilidade e transparência na *internet*, com mais normas para a regulamentação das redes sociais e serviços de mensagem como *WhatsApp*[®] e *Telegram*[®] perante as divulgações de *Fake News*, e que atualmente aguarda constituição de comissão especial pela mesa da câmara dos deputados.

O projeto repercutirá, caso aprovado, em toda sociedade, visto que a plataforma *Google*® já se posicionou através de uma carta aberta feita contra alguns artigos do texto inicial do projeto, que elucidou:

Em vez de promover a transparência, o PL 2630 poderia dar aos agentes mal-intencionados um mapa completo de quais critérios usamos para reduzir a circulação de conteúdo de baixa qualidade” [...] O texto inclui uma obrigação de pagamento pelo “uso” de “conteúdo jornalístico”, sem definir o que seria este “uso” ou o que seria “conteúdo jornalístico”. Da maneira como está escrito, o texto pode significar coisas diferentes, o que por si só já representa uma falta de clareza sobre efeitos práticos dessa proposta e suas possíveis consequências negativas (COELHO, 2022).

A Lei nº 13.709/2018 denominada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), também pode ser utilizada como um novo parâmetro legislativo e com o complemento da Lei nº 13.853/2019, criou em seu artigo 55-A, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e em seu artigo 5º inciso XIX descreveu sua responsabilidade em zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional, diretamente voltada para a verificação de conformidade da lei e também meio de comunicação entre o cidadão e a ANPD para denúncias de irregularidades. Pondera-se, se não seria necessária a criação de uma autoridade brasileira voltada para a regulamentação das plataformas e auxiliar ao trabalho da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Observa-se a movimentação internacional de busca por uma cooperação Internacional através do *Digital Markets Act* (Em tradução livre: Lei dos Mercados Digitais) que está em análise na União Europeia e deve impactar outras jurisdições, bem como a *General Data Protection Regulation* (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - GDPR), impactou a legislação brasileira estimulando a criação da LGPD.

3 O DIREITO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE APLICATIVOS

O direito brasileiro segue uma tendência internacional relacionada a adequação das atividades *online* nas redes sociais, essas atividades geram resultados de ordem civil, econômica, interpessoal e hegemônica. Portanto, em primeiro momento, imagina-se que nesses casos o bloqueio seria a única alternativa, mas dentro do próprio direito brasileiro existem vários dispositivos que podem atuar em diversas vertentes que podem esperar do direito e podem ser melhores do que o bloqueio trazendo resultados positivos. O tópico a seguir discute como o direito brasileiro atua na esfera civil diante das Plataformas Virtuais.

3.1 A Responsabilização Civil das Plataformas Virtuais

Para o direito brasileiro, quando na relação entre usuários e aplicativos insurgem as práticas ilícitas que fogem do controle da jurisdição brasileira, o Marco Civil da *Internet* preconiza em seu artigo nº19 que é um dever da própria plataforma realizar uma verificação de conformidade do conteúdo que está sendo vinculado em sua rede, atribuindo ainda a ela a responsabilização civil subjetiva e solidária, respondendo somente quando for notificada judicialmente. Nesse momento, deixa de excluir determinado conteúdo lesivo ou permite que ele continue a circular em seus canais, mesmo que este conteúdo seja produzido por um usuário, à priori. O fato de a plataforma permitir que o conteúdo continue circulando é o fator que gera a responsabilização.

Antes da existência do Marco Civil da Internet havia uma discrepância entre entendimentos da jurisprudência, por um lado caminhava-se para a tese da irresponsabilidade das plataformas virtuais pelos danos causados por conteúdos postados em seus *sites*, como também haviam decisões feitas com base em entendimentos como o do art. n.º 927 do Código Civil Brasileiro, em que entendia-se como atividade de risco como também havia entendimentos com base no art. n.º 14 do Código do Consumidor, em que as relações entre usuário e aplicativos eram entendidas como uma relação consumerista ainda que não houvesse remuneração direta entre a plataforma e o usuário da rede social (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021).

3.2 Os Bloqueios Anteriores

Foram encontrados 14 casos de bloqueio de aplicativos e plataformas virtuais pela Justiça Brasileira, estes estão descritos juntamente com a justificativa no quadro 1.

Quadro 1: Casos de bloqueio de aplicativos e plataformas virtuais

Nº	Aplicativo	Data do Bloqueio	Referência processual	Execução
1	YOUTUBE	jan.2007	Agravo de Instrumento n.º 472.738-4	Bloqueado
2	FACEBOOK	ago.2012	86-37.2012.6.24.0013	Bloqueio ordenado, mas não executado
3	TUBBY	dez. 2012	3846204-55.2013.8.13.0024	Bloqueio ordenado, mas não executado
4	WHATSAPP	fev. 2015	Ações Penais Públicas n.º 0013872-87.2014.8.18.0140 e 007620-68.2014.8.18.0140	Bloqueio ordenado, mas não executado
5	UBER	abr. 2015	1040391-49.2015.8.26.0100	Bloqueio ordenado, mas não executado
6	Apps SECRET e similar CRYPTIC	jul. 2015	0028553-98.2014.8.08.0024 (1ª instância) e 0030918-28.2014.8.08.0024 (2ª instância)	Bloqueio ordenado, mas variou o tempo da execução em cada plataforma
7	TUDO SOBRE TODOS	jul. 2015	0805175-58.2015.4.05.8400	Bloqueado
8	WHATSAPP	dez.2015	Procedimento de Intercepção Telefônica n.º 0017520-08.2015.8.26.0564	Bloqueado
9	WHATSAPP	mai.2016	201655090027	Bloqueado
10	WHATSAPP	jul.2016	Inquérito Policial 062-00164/2016	Bloqueado
11	FACEBOOK	out.2016	0000141-28.2016.6.24.0019	Bloqueio ordenado, mas não executado
12	MINERWORLD	mar.2018	0900185-73.2018.8.12.0001	Bloqueio pedido, mas negado
13	FACEBOOK	mar.2018	0070926-71.2018.8.19.0001	Ameaça de Bloqueio
14	TELEGRAM	abr. 2022	Pet 9935	Bloqueio ordenado, mas não executado

Tabela produzida pela autora com fontes à NUNES, 2022; UOL, 2022; UOL, 2007; SUZUKI; PRAZERES, 2022. (Bloqueios. Info - Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2022).

Os três primeiros bloqueios precederam a existência do Marco Civil, eles foram ordenados de formas mais precárias, como punição caso alguma determinação não fosse cumprida como nos dois primeiros casos que determinavam a retirada de determinado conteúdo com material íntimo e depreciativo, respectivamente.

Houveram 14 bloqueios até 2022, quatro foram ordens de bloqueio direcionadas ao *WhatsApp*® onde só três foram realmente aplicadas. A princípio, as decisões se basearam no descumprimento de ordens judiciais de entrega de dados de usuários como no item 4 do Quadro 01. As demais justificativas para os casos foram baseadas no descumprimento de decisão pedindo informações de acesso de dados de usuário ao aplicativo de mensagens como no item 8. Já no item 9 e 10, a ordem de bloqueio foi justificada pelo descumprimento de decisão judicial com ordens de interceptação. Já o item 11, o *Facebook*® descumpriu uma decisão de compartilhar informações trocadas no *WhatsApp*® por suspeitos de tráfico de drogas e não obedeceu a uma ordem judicial de retirada de uma conta-paródia do candidato Udo Döhler, que na época concorria a prefeito de Joinville (SC).

Ademais, os casos 3, 5 e 6 do quadro, trouxeram pedidos voltados para a remoção dos aplicativos em questão das lojas de aplicativos e dos aparelhos dos usuários. No caso 3, foi proibido preventivamente a oferta do aplicativo *Tubby*®, que permitiria que homens avaliassem o desempenho sexual de mulheres que estava para ser lançado. O aplicativo não foi lançado posteriormente. Já no caso 5, a justificativa seria que a empresa *Uber*® estaria oferecendo um serviço clandestino de transporte e esta ordem não foi executada. Por fim, no caso 6 do aplicativo *Secret*® e seu similar *Cryptic*® a justificativa foi a violação à vedação constitucional ao anonimato, esta ordem foi aceita e implementada pela *Apple*®, mas contestada por *Google*® e *Microsoft*®.

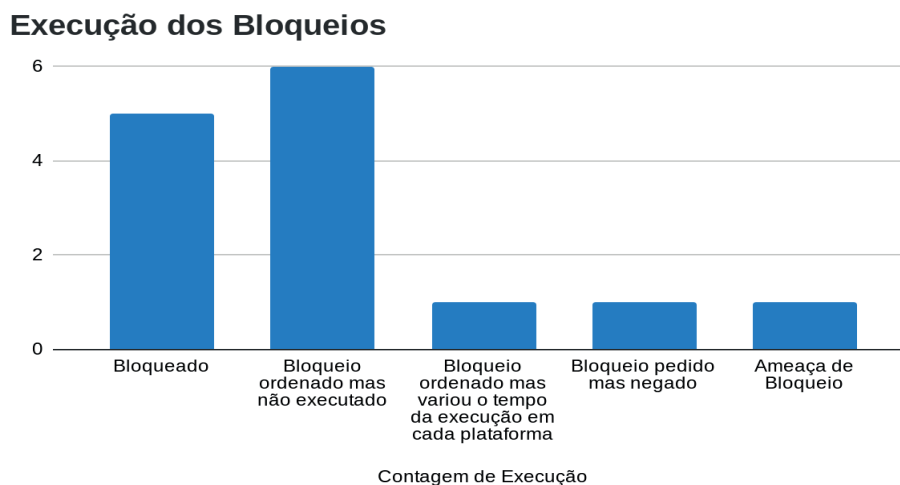
No caso 7 houve a determinação de bloqueio do site “Tudo sobre todos”, que disponibilizava e vendia dados pessoais de brasileiros. Segundo o juiz, o site violava dispositivos legais que protegem a privacidade e os dados pessoais (a Constituição Federal, o Marco Civil da Internet e a lei de Cadastro Positivo). Solicitou os bloqueios de download do aplicativo *BitOfertas*® em lojas eletrônicas do *Google*® e da *Apple*®, de acesso ao site da *Minerworld*® e de outros nove sites relacionados às empresas *Minerworld*®, *BitPago*® e *BitOfertas*®, por violação a normas de direito do consumidor.

De forma singular, o caso 13 trouxe uma ameaça de bloqueio ao *Facebook*® caso a rede social não excluísse todos os conteúdos ofensivos relacionados à vereadora assassinada Marielle Franco. O magistrado determinou o prazo de 24 horas para o *Facebook*® remover “informações falsas de conteúdo criminoso” sobre a vereadora.

Por fim, o caso 14 foi mais recente à data deste trabalho e envolveu o bloqueio do *Telegram*® que foi aplicado temporariamente e depois suspenso, a justificativa se deu pela plataforma não cumprir ordens determinadas pela Justiça e da necessidade de indicação do representante da empresa no Brasil (pessoa física ou jurídica) informação de todas as providências adotadas para combater desinformação e divulgação de notícias falsas no canal; imediata exclusão de publicações em links determinados pela justiça.

Diante do Quadro 01 é possível gerar os seguintes resultados dispostos neste gráfico de Execução dos Bloqueios.

Gráfico 1: Execução dos Bloqueios



Fonte: Autoria própria, 2022.

O desenrolar destas decisões de bloqueio geraram a proposição de ações ao Supremo Tribunal Federal, sendo elas a Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403.

Na ADI 5527, era requerida a declaração de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 12 do Marco Civil da *Internet*, que correspondem à previsão legal das suspensões e bloqueios. Ao final da decisão sobre esta ADI, foi compreendido que a lei não deveria ser interpretada no sentido de permitir a punição de suspensão por inobservância de ordens judiciais que determinassem a quebra da segurança criptográfica voltadas à proteção da privacidade. Continuariam válidas as punições que fossem aplicadas aos casos de violação de direitos à privacidade, proteção de dados e sigilo das comunicações privadas e dos registros (STF, 2018).

Já a ADPF 403, pedia a suspensão dos efeitos da decisão que ordenou o segundo bloqueio do *WhatsApp*® em que se discutia a presença ou não de violação ao preceito fundamental da liberdade de comunicação frente à determinação de bloqueios de aplicativos de mensagens. A decisão final também caminhou para o entendimento que fere o direito à privacidade as decisões que determinam a quebra da segurança criptográfica das mensagens e telecomunicações (STF, 2018).

A motivação destas decisões de bloqueio em geral foi derivada, em seu âmago, uma falta de comunicação e cooperação eficaz entre as Plataformas Virtuais e o Judiciário, seja por conta de a plataforma não possuir uma sede em território nacional, ou não disponibilizar representantes no Brasil, ou até mesmo por não dispor de meios tecnológicos para conceder o que o juízo o requeria.

Houveram sim decisões em que a comunicação foi bem estabelecida durante o chamamento ao processo, em que a plataforma dispôs de um representante para tratar das diretivas ordenadas pelo judiciário, como nos casos do *WhatsApp*® e *Facebook*® após as decisões da ADPF e ADI citadas. Ressalta-se que a disposição de limites não cabe somente ao judiciário, é uma ordem principal do legislador, o que é falho neste processo é a cooperação para a aplicação da lei.

3.3 Análise da Proporcionalidade dos Bloqueios

O estudo de Marcacini e Rossetto (2017) buscou analisar a sanção de suspensão do exercício de atividades, que vinha sendo aplicada aos aplicativos de comunicação pelo Poder Judiciário considerando a perspectiva difusa da Sociedade da Informação, o Marco Civil da Internet e o princípio da proporcionalidade. No artigo os autores supracitados utilizaram diversas fontes contendo suporte doutrinário ligado à Sociedade da Informação, o Marco Civil da Internet e o princípio da proporcionalidade no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1. O trabalho concluiu que a interpretação que vinha sendo dada pelo Poder Judiciário ao Marco Civil da *Internet* não se coaduna com o que diz a literalidade das normas nele consignadas (MARCACINI; ROSSETTO, 2017).

A penalidade de suspensão das atividades também merece ser ponderada à luz da proporcionalidade, a fim de que por mais que seja dada uma interpretação bastante extensiva ao art. nº12, I ao IV, do Marco Civil da *Internet*, seja possível aferir até que ponto essa sanção, de fato, é proporcional (MARCACINI; ROSSETTO, 2017). Neste artigo, é apresentada outras formas de sanções que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, sejam elas: advertência para adoção de medidas corretivas; multa; suspensão temporária das atividades e proibição de exercício de atividades, em que as duas últimas seriam consideradas como as formas de bloqueio.

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Enfatiza-se que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade, ou seja, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (MARCACINI; ROSSETTO, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reitera-se que, à luz da proporcionalidade e da aplicação, o judiciário está aplicando em suas últimas decisões sanções de forma ponderada e razoável, o que não exclui os efeitos econômicos e políticos gerados por ele. Observa-se que o bloqueio é duro, mas não é uma definição final, e ainda assim podem ser exploradas as alternativas previstas em lei. Todavia, demonstra-se que o bloqueio possui dificuldades em sua aplicabilidade. A maioria dos bloqueios foram ordenados, mas não executados, possuindo assim um caráter mais repressivo do que punitivo como foi propriamente pensado pelo legislador.

Existe certa resistência por parte das empresas em acatar as decisões jurídicas, algumas delas por não possuírem estrutura em território nacional, ou por ignorarem as tentativas de comunicação da justiça, culminando na decretação de bloqueio. O que se observa é que após uma ameaça de bloqueio ou a efetivação dele estas empresas passam a cooperar com a justiça e buscam se adequar mais ao ordenamento brasileiro.

Falta o interesse na maior parte destas plataformas em compreender mais o ordenamento jurídico do País. Em um paralelo básico, qualquer outra empresa privada que forneça serviços à brasileiros, independentemente de sua nacionalidade, sempre passa por um processo interno de conformidade com as normas brasileiras, para evitar quaisquer entraves neste sentido.

Não haveria razão para que uma plataforma de grande repercussão e atuação no Brasil não o fizesse, principalmente diante de um País que possui uma lei específica que é basilar para as operações de *internet*, que é o caso do Marco Civil da *Internet*.

Existem muitos crimes na *internet* e muitos outros que ainda serão criados à medida que ela se desenvolve. Ficou demonstrado que apesar do Marco Civil da *Internet* tentar adequar as condutas no meio virtual, ainda assim é um meio muito aberto e em constante evolução não só para o direito brasileiro, como também internacional, o que dificulta estabelecer padrões não só práticos como também de jurisprudência.

Conclui-se que, embora o Marco Civil não seja uma lei que preveja todos os enlaces e desenrolares da atividade humana dentro da *internet*, no mínimo já é compreensível por parte das empresas provedoras e dos usuários que a *Internet* não seja um campo aberto, e, portanto, deve haver um contínuo estímulo à proposição de novas leis que complementem e acompanhem o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

- ALVES, A. A. C. V.; BRITO, M. V. M. Bloqueio do Whatsapp no Brasil como questão de direito internacional. In: BLOOD, R. L. P. Y. **Ciências sociais e direito 2**. Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019.
- ARRUDA, Jorge Eduardo Gomes de. **Cibercrime no âmbito das relações empresariais: a vulnerabilidade das empresas no tocante à impunidade do ordenamento jurídico**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Associação Caruaruense de Ensino Superior, Centro Universitário Tabosa De Almeida, Caruaru, 2019.
- BLOQUEIO.INFO. **“Linha do tempo”**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade (online), 2022. Disponível em: <http://bloqueios.info/pt/#home-content>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 20 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.964, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 20 abr. 2022.
- CARVALHO, Ana Paula Pinto de. WhatsApp como aparelho ideológico do Estado. **XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul**. Intercom/Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. Anais. Curitiba, 2016.
- COELHO, Fábio. **[Carta aberta do Presidente do Google]**. Destinatário: Usuários do Google. Brasil, 2022. 1 carta. Disponível em: <https://services.google.com/fh/files/blogs/gcarta2630.pdf> Acesso em: 28 maio 2022.
- FÉLIX, M. C. P. **Ciberdemocracia no Brasil: a esfera pública digital como espaço de deliberação social e instrumento de cidadania**. 2021. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIGUORI FILHO, C. A.; FAVARETTO SALVADOR, J. P. Crypto Wars e Bloqueio de Aplicativos: O debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018.
- MARCACINI, A. T. R.; ROSSETTO, G. F. O marco civil da internet e o bloqueio de aplicativos de comunicação no brasil: reflexões à luz do princípio da proporcionalidade. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 12, n 1, 2018.
- MPF. Ministério Público Federal. **Brasil aprova adesão à Convenção de Budapeste que facilita cooperação internacional para combate ao cibercrime**. MPF (online). 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/brasil-aprova-adesao-a-convencao-de-budapeste-que-facilita-cooperacao-internacional-para-combate-ao-cibercrime>. Acesso em: 23 maio 2022.

NUNES, B. R. R. ¹³ **Relembre outros bloqueios de redes sociais no Brasil**". Terra (online). 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/relembre-outros-bloqueios-de-redes-sociais-no-brasil,1d6c746c5779f3d118c730401d283446e3edb9gx.html>. Acesso em 20 abr. 2022.

PEREIRA, M. C. B. M. ¹⁴ FERREIRA, N. B. V. O CONTROVERSO BLOQUEIO DO WHATSAPP. **Revista FAROL**, v.10, n.10, p.18-38, 2020.

PORTELA, P. H. G. **Direito internacional Público e Privado**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5527**. Distrito Federal (DF), 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 403**. Distrito Federal (DF), 2018.

SUZUKI, S. ¹⁵ PRAZERES, L. ¹⁶ Telegram: por que Alexandre de Moraes determinou bloqueio do aplicativo no Brasil!". **BBC News** (online). 2022. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60801662>. Acesso em: 24 abr. 2022.

TEPEDINO, G. ¹⁷ TERRA, A. M. V. ¹⁸ GUEDES, G. S. C. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2 ed. 2021.

UOL. Antes do Telegram, WhatsApp foi bloqueado 4 vezes no Brasil; veja casos. **Uol** (online). 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/03/18/antes-do-telegram-whatsapp-foi-bloqueado-4-vezes-no-brasil-relembre.htm> Acesso em: 20 abr. 2022.

UOL. **Justiça suspende bloqueio ao YouTube, mas vídeo de Cicarelli continua proibido**. Notícias e Tecnologia. 2007. Disponível em: <https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/01/09/ult4213u5.jhtm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

PROCESSO DE EXECUÇÃO: A VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO INSTITUTO DA IMPENHORABILIDADE DOS VALORES BLOQUEADOS EM CONTA POUPANÇA E SEU IMPACTO NA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO.

Tássia Jaslana Tenório Pinheiro⁴⁸

Resumo

O presente estudo tem por objetivo geral analisar se a impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança (até o limite de 40 salários mínimos) é uma garantia dada ao executado ou um impedimento à satisfação do crédito exequendo. Esse objetivo deve ser alcançado partindo-se dos objetivos específicos: abordar os aspectos conceituais da ação de execução; identificar a cognição e compreensão do Superior Tribunal de Justiça em que circunstâncias uma determinada reserva financeira poderá ser considerada uma proteção ao executado; analisar quando a reserva na verdade representa uma salvaguarda ao executado para a prática de atos que impossibilitam a realização do crédito exequendo. O estudo partiu da seguinte problemática: a impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança (até o limite de 40 salários mínimos) é uma garantia dada ao executado ou um impedimento à satisfação do crédito exequendo? A metodologia para execução da investigação foi a análise qualitativa e quantificação dos acórdãos e orientações jurisprudenciais emitidas pelo STJ desde a vigência do CPC 2015 acerca da matéria. Por meio do estudo constatou-se o papel importante que é desempenhado pela doutrina e pelos tribunais no estabelecimento de parâmetros objetivos capazes de balizar que a impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança até o limite de 40 salários mínimos é uma garantia dada ao executado como forma de preservar um “mínimo existencial” dele, desde que tais valores constituam verdadeira reserva contra crises financeiras futuras.

Palavras-Chave: Impenhorabilidade. Conta Poupança. Executado.

Abstract

The present study aims to analyze whether the impenhorability of blocked amounts in savings accounts (up to the limit of 40 minimum wages) is a guarantee given to the executed or an impediment to the satisfaction of the exequendo credit. This objective must be achieved based on the specific objectives: to address the conceptual aspects of the implementation action; identify the cognition and understanding of the Superior Court of Justice under what circumstances a particular financial reserve may be considered a protection to the executed; to analyze when the reserve actually represents a safeguard to the executed for the practice of acts that make it impossible to carry out the exequendo credit. The study started from the following problem: is the unrepentant ness of the blocked amounts in savings accounts (up to the limit of 40 minimum wages) a guarantee given to the executed or an impediment to the satisfaction of the exequendo credit? The methodology for carrying out the research will be the qualitative analysis and quantification of judgments, summary and jurisprudential guidelines issued by the Supreme Court since the 2015 CPC on the matter. Through the study it was found the important role that can be played by doctrine and decisions in establishing objective parameters capable of marking that the impenhorability of the amounts blocked in savings account up to the limit of 40 minimum wages is a guarantee given to the executed as a way to preserve an “existential minimum” of it.

Key-words: Impenhorability. Savings Account. Run.

1. INTRODUÇÃO

A busca pela visão do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto da impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança e o seu impacto na satisfação do crédito exequendo tem a finalidade de fornecer substratos teóricos aos advogados, procuradores, juizes e servidores públicos envolvidos nos procedimentos executivos. A discursão sobre o tema em comento e a posição preestabelecida do Superior Tribunal de Justiça leva à construção da segurança jurídica que deve ser substrato de todo e qualquer sistema jurídico que tenha a pretensão de ser justo e perene.

O presente estudo tem por objetivo geral analisar se a impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança (até o limite de 40 salários mínimos) é uma garantia dada ao executado ou um impedimento à satisfação do crédito exequendo. Esse objetivo deve ser alcançado partindo-se dos objetivos específicos: abordar os aspectos conceituais da ação de execução; identificar a cognição e compreensão do Superior Tribunal de Justiça em que circunstâncias uma determinada reserva financeira poderá ser considerada uma proteção ao executado; analisar quando a reserva na verdade representa uma salvaguarda ao executado para a prática de atos que impossibilitam a realização do crédito exequendo.

O estudo partiu da seguinte problemática: a impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança (até o limite de 40 salários mínimos) é uma garantia dada ao executado ou um impedimento à satisfação do crédito exequendo?

No Brasil, tendo em vista o excesso de transações realizadas nas contas poupanças, essas têm caráter efetivo de conta corrente, assim, o instituto da impenhorabilidade dos valores depositados em poupança é majoritariamente usado como instrumento de fuga ao bloqueio via SISBAJUD de valores que poderiam garantir ou adimplir o crédito exequendo.

A pesquisa é relevante pela necessidade que o judiciário tem de garantir que os instrumentos e benesses da lei sejam, em verdade, aplicados de modo justo. Podendo o judiciário, por meio de sua atuação, desestimular a prática de condutas simuladas que prejudicam o verdadeiro modo de fazer justiça. No entanto, o instituto da impenhorabilidade deve garantir a reserva de segurança do executado e de sua família, mas não deve prejudicar a satisfação de um crédito sabidamente devido quando o devedor tem patrimônio para quitar o débito.

A metodologia para execução da investigação foi a análise qualitativa e quantificação dos acórdãos e orientações jurisprudenciais emitidas pelo STJ desde a vigência do CPC 2015 acerca da matéria.

Desta forma, o trabalho foi dividido em quatro seções. A primeira constitui-se da introdução, que enfatiza o delineamento da pesquisa. Na segunda discorreu-se acerca da ação de execução, concentrando-se na explicação sobre essa categoria de ação, bem como mostrando as diferenças de execução judicial e extrajudicial e por fim princípios da ação de execução. Na terceira seção evidenciou-se a impenhorabilidade e a proteção aos vulneráveis no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, na quarta e última seção é apresentada as considerações finais.

2 A AÇÃO DE EXECUÇÃO

2.1 Aspectos conceituais

O processo de execução é um instrumento de solução ao conflito posto, em que há um credor, um devedor e um título que legitima o valor devido. O poder judiciário é quem de fato põe fim a lide de modo a resolver o conflito com a satisfação do crédito sem que isso torne o devedor vulnerável. Para tanto deve aplicar o princípio da menor onerosidade possível ao executado.

A execução faz parte do processo civil, tendo o condão de conceder o que fora buscado durante o processo, e no caso da execução fiscal busca conceder o que fora acordado entre as partes com o surgimento do título executivo. Ao falarmos em execução, sob o prisma jurídico, é possível entendê-la como um conjunto de atos que buscam fazer valer a solidificação de um direito preestabelecido.

No momento que se têm uma obrigação a ser cumprida ela pode se dar de forma espontânea ou forçada. Sobre a execução forçada Alexandre Câmara (2015, p.78) preleciona:

Com a execução forçada o que se quer é, através da substituição da vontade das partes (principalmente da atividade do executado), fazer-se atuar a vontade concreta do direito substancial, através da realização prática do direito de crédito existente segundo o direito material. Trata-se, pois, de verdadeira atividade jurisdicional (o que justifica sua inclusão no Direito Processual e sua submissão aos princípios que formam a estrutura fundamental deste ramo do Direito).

A ação de Execução é um processo pelo qual o credor exige a satisfação do seu direito devidamente acertado em um título executivo que teve seu vencimento e não foi adimplido espontaneamente, tendo por finalidade restaurar o equilíbrio quebrado pelo devedor por seu descumprimento da obrigação, recaindo sobre o executado a constrição dos seus bens para o pagamento da dívida.

Para entendermos melhor o conceito da ação de execução, devemos compreender que esse processo tem por objetivo o cumprimento de uma obrigação já reconhecida, seja num título judicial, seja num título extrajudicial. Para isso, é cobrado do judiciário meio e instrumentos processuais de satisfação do direito do credor diante do não cumprimento voluntário do devedor/executado.

A execução tem por finalidade o cumprimento da obrigação compactuada entre as partes, garantindo à parte credora a entrega da coisa quando o devedor não cumpre voluntariamente seu encargo, abrindo a possibilidade ao órgão judiciário intervir através da ação de execução a satisfação do título executivo. Segundo o estudo realizado por Gonçalves (2020, p.146):

No processo de execução, não se pede mais ao juiz que declare quem tem razão, pois isso já se sabe. A pretensão é que o juiz determine medidas concretas tendentes a obter a satisfação do titular do direito, consubstanciado em um título executivo.

Dessa forma, a execução tem por objetivo o cumprimento efetivo do direito do credor visando a pagamento do débito proveniente de título executivo, quando o devedor não quer cumprir voluntariamente sua obrigação não restando outra possibilidade senão a intervenção do órgão judiciário.

Portanto, se tem a intervenção do Estado nos bens do devedor com a finalidade de garantir o direito do credor, forçando o executado a pagar pelo débito, fazendo desse modo uma execução forçada. Para Teodoro Júnior (2018), a palavra execução no presente processo se refere ao processo de ação de execução que força, por meio do judiciário, a localização e retirada dos bens do devedor.

A execução é usada para garantir que o credor possa obter o que lhe é devido de forma eficaz e segura, essa referida ação é uma ferramenta poderosa para garantir o pagamento do débito quando o devedor não cumpre voluntariamente a sua obrigação não restando alternativa senão a intervenção do órgão judicial executivo. Nas palavras de Donizetti (2020, p.188) ¹³³ o processo executivo, como ressaltado alhures, tem destinação unilateral, ou seja, visa tão somente à satisfação do direito material previamente definido em título judicial ou extrajudicial em benefício do credor (exequente)”.
¹³³

O processo de execução visa o cumprimento de uma obrigação na existência de um título executivo judicial ou extrajudicial. A execução pode ser dividida em duas categorias, a primeira é a execução do tipo espontânea que seria quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação e a execução forçada, em que o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo Estado. Essa execução forçada tem dois procedimentos específicos, o cumprimento de sentença e a execução de título executivo extrajudicial. O título executivo é um instrumento principal da satisfação da obrigação, podendo ser um título executivo judicial que decorre de uma decisão judicial que obriga uma pessoa a cumprir com a obrigação constituída através de um título executivo, chamado de cumprimento de sentença ou pelo título executivo extrajudicial em que a própria lei vai elencar quais são os títulos que podem embasar as ações de execução. Para Teodoro Júnior (2018, p.257):

O processo de execução contém a disciplina da ação executiva própria para a satisfação dos direitos representados por títulos executivos extrajudiciais. Serve também de fonte normativa subsidiária para o procedimento do cumprimento da sentença.

A ação de execução de título executivo extrajudicial não parte de um processo anterior, ele constitui um instrumento ao qual a própria lei vai dar força de título executivo, o artigo 783 e seguintes do Código de Processo Civil trazem quais são os casos, os documentos ou instrumentos aos quais a lei vai atribuir esse caráter de título executivo extrajudicial, tendo três requisitos imprescindíveis para que uma execução seja válida, que são: certeza, liquidez e exigibilidade. Segundo Brasil (2015):

Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;

VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;

VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

[...]

Dessa forma, o título executivo pode ser tanto judicial como extrajudicial, o título executivo judicial é tratado no artigo 513 e seguintes do Código de Processo Civil sendo uma obrigação constituída por uma decisão judicial que compõe um título executivo e a partir de então o exequente precisa desse impulso para cumprir a obrigação constituída na decisão quando não cumprida de forma voluntária pelo devedor.

No Código de Processo Civil o nome que se dá ao processo de execução de título judicial é o cumprimento de sentença. Conforme o artigo 513 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) "o cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código."

Diante disso, a ação de execução serve para o cumprimento de uma obrigação por um terceiro, chamado de devedor, tendo como cabimento um título executivo, uma obrigação constituída e uma das partes não cumprir com o encargo, melhor dizendo, força-se judicialmente o devedor a cumprir com a determinação pactuada através do título executivo. Segundo Gonçalves (2020, p.73):

O título executivo é a fonte da execução. Desde que surge, ganha vida própria, que independe da existência do crédito. Ele passa a ser o ato-chave que permite o desencadeamento da sanção estatal, sendo requisito ao mesmo tempo necessário e suficiente para a execução, que prescinde da prova da efetiva existência do crédito.

No processo de execução o título executivo é o instrumento principal que serve para provar a efetiva existência do crédito devido, permitindo, dessa maneira, a utilização da execução forçada, em que se obriga o devedor a pagar o que é devido ao credor. Segundo Ribeiro (2019, p.680):

A execução é uma atividade processual exercida pelo Estado para assegurar a satisfação concreta de um direito de crédito. Com ela transforma-se a realidade fática, para que reflita o mesmo resultado do cumprimento voluntário da obrigação. Dito com outras palavras: caso o devedor não cumpra voluntariamente seu dever jurídico, será lícito, ao credor, postular em juízo a prática de atos jurisdicionais de agressão patrimonial para garantir o cumprimento do dever, e, com isso, a correlata satisfação do direito de crédito.

Dessa maneira, na execução forçada o credor recorrer ao poder judiciário para garantir o cumprimento da obrigação, sendo assegurada ao judiciário a função de garantir ao credor a satisfação da execução forçada em face do devedor se utilizando de meios jurisdicionais para atacar o patrimônio do devedor até o valor do débito para que, desse modo, seja satisfeita a obrigação pactuada no título executivo.

2.2 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO

A ação de execução possui alguns princípios gerais que norteiam as condutas que serão praticadas no pleito para o fortalecimento do processo de execução conforme tópicos a seguir:

2.2.1 Princípio da Nulla Executio Sine Titulo

Esse princípio em latim significa: não há execução sem título executivo. Esse instrumento é indispensável para a propositura da ação executiva. O título executivo é a prova da exigibilidade da obrigação e é através dele que o credor/exequente pode ingressar com a execução contra o devedor/executado, sendo um documento essencial para a petição inicial do processo de execução, conforme o artigo 798, I, "a", do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), segundo o qual: "ao propor a execução, incumbe ao exequente: I - instruir a petição inicial com: a) o título executivo extrajudicial." Segundo Donizetti (2020 p.1080):

Quanto aos documentos indispensáveis à propositura da demanda, o título executivo extrajudicial representa a via de acesso à execução, materializando o princípio *nulla executio sine titulo* (art. 798, I, "a"). A prova da ocorrência da condição ou termo, bem como o adimplemento de eventual contraprestação, demonstram a exigibilidade da obrigação constante no título, revelando o interesse de agir do credor na demanda executiva.

O título é o que autoriza a execução, sem o título não se pode falar em processo de execução, sendo ele judicial ou extrajudicial, o referido documento é uma prova da exigibilidade da obrigação pactuada, em que se pode demonstrar o interesse de agir do credor.

2.2.2 Princípio da Patrimonialidade

O princípio da patrimonialidade ressalta que a execução sempre cai sobre os pertences do devedor e de forma nenhuma sobre o devedor conforme anunciado no artigo 789 e seguintes do Código de Processo Civil, dessa forma, o penhorado poderá pagar com os seus bens presentes e futuros o débito em aberto para o efetivo cumprimento das obrigações. "devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei." (BRASIL, 2015).

Assim dizendo, o que irá responder pela satisfação de uma determinada prestação que não foi cumprida pelo devedor será seu patrimônio, esse princípio orienta o processo de execução a ter uma responsabilidade patrimonial, em que responde os bens do devedor. Para Donizetti (2020 p.145):

Princípio da patrimonialidade: como se extrai do art. 789, a execução será sempre real, ou seja, incide exclusivamente sobre o patrimônio do executado, e não sobre sua pessoa. Nos casos de não pagamento injustificado de pensão alimentícia, o Código prevê a prisão como meio de coerção do devedor (art. 911 c/c o art. 528, § 3º). Mesmo nesses casos, não obstante a possibilidade de prisão, não se pode falar em execução pessoal, tanto que o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento da prestação ou o equivalente em dinheiro (arts. 528, § 5º).

Esse princípio prevê a responsabilidade patrimonial, em que o que responde pela obrigação é o patrimônio do devedor, apenas o patrimônio dele é que está sujeito à execução do estado. Em relação à prisão civil como um meio de coerção pessoal, o devedor de alimentos, mesmo nessa hipótese não há o que falar em execução pessoal.

2.2.3 Princípio da efetividade da execução ou do resultado

O princípio da efetivação nos diz que o devedor deve arcar com todos os ônus financeiros que decorram do processo de execução ou da fase de execução e depois que o devedor arcar com todos esses ônus financeiros (pagamento do débito atualizado, juros, custas e honorários advocatícios) é que a obrigação restará satisfeita. Segundo Donizetti (2020 p.145):

Princípio da efetividade da execução ou do resultado: pelo processo de execução ou cumprimento da sentença deve-se assegurar ao credor precisamente aquilo a que tem ele direito, nada mais, “no resultado mais próximo que se teria caso não tivesse havido a transgressão de seu direito”. 10 Exemplo da aplicação de tal princípio pode ser encontrado no art. 831, caput, segundo o qual “a penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios”.

Esse princípio da efetividade da execução deve ser formado por três elementos: específica, completa e ainda uma satisfação tempestiva. Em que o poder judiciário dá a forma adequada/específica para garantir que a tutela jurisdicional possa ser observada ao titular do direito de maneira mais cabível, econômica e tempestiva, com o intuito de garantir a satisfação da execução.

2.2.4 Princípio da menor onerosidade para o devedor e da dignidade da pessoa humana

O princípio da menor onerosidade para o devedor significa que a execução deve ser feita pelo credor da forma menos gravosa possível para o executado/devedor, tendo um equilíbrio entre a efetividade e com a menor onerosidade. Para Montenegro Filho (2019, p.868):

Para que o princípio da menor onerosidade para o devedor seja corretamente estudado, é necessário firmarmos a premissa de que a execução (como ação ou como fase processual) é instaurada em atenção e no proveito do credor, comprometendo-se o Estado com a sua plena satisfação, o que só é possível através da imposição de sacrifício ao devedor, que recalcitrou em adimplir espontaneamente a obrigação.

O princípio da menor onerosidade se encontra no artigo 805 do Código de processo Civil, esse dispositivo estabelece se é possível sofrer a execução por vários meios.

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados. (BRASIL, 2015, p.1).

O credor deve promover a execução pelo instrumento menos gravoso para o devedor, esse princípio visa à escolha de um procedimento menos agressivo possível ao executado, não atingindo o resultado da execução e sim o meio em que o juízo irá escolher para satisfazer aquela determinada obrigação.

Existente na concepção de dignidade da pessoa humana, conferida a todos os indivíduos pela Carta Magna, precisamente no que tange ao “direito ao mínimo existencial”, significando-se falar que se deve garantir a todas as pessoas o mínimo imprescindível para sua subsistência de maneira digna, com o objetivo de garantir o mínimo existencial à entidade familiar, mínimo existencial que segundo Pereira (2017, n/p) está entre outros, “[...] ligado à busca por uma sociedade mais igualitária, justa e solidária”. Sendo nada mais do que justo e digno, porquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preza veementemente pela dignidade da pessoa humana, bem como pela condição ao existencial mínimo de cada indivíduo.

2.2.5 Princípio do contraditório

Esse princípio é uma garantia constitucional para todos os processos judiciais, em que deve ser garantido a participação efetiva e adequada de todos os interessados ao longo do procedimento. Busca-se assegurar, por meio desse princípio, que os litigantes participem de forma decisiva, não apenas de forma aleatória, mas como uma participação de forma efetiva, tendo o direito de se manifestar. Segundo Gonçalves (2020, p.40):

Princípio do contraditório: muito se discutiu sobre sua aplicação na execução, porque o executado não tem oportunidade de contestar o pedido inicial. Isso levou parte da doutrina, de início, a responder pela negativa, sob o argumento de que o juiz não ouve as ponderações de ambas as partes, mas se limita a determinar as providências necessárias para o cumprimento daquilo que consta do título executivo.

O princípio é aplicado na execução, pois assegura-se que todas as partes tenham o direito de manifestar-se em todos os momentos processuais do feito executivo. Esse direito deve se dar de forma adequada através de instrumentos legais efetivos.

2.2.6 Princípio da autonomia

O princípio da autonomia informa que a execução vai ter sempre um processo autônomo sendo título extrajudicial ou ainda se tiverem a situação do título judicial heterogêneo. Esse princípio mostra que as atividades realizadas na execução diferem das atividades do processo de conhecimento. Segundo Gonçalves (2020, p.35):

Princípio da autonomia do processo de execução: desde a edição da Lei n. 11.232/2005, apenas a execução por título extrajudicial implica a formação de um processo autônomo. E a de título judicial, quando este for sentença arbitral, estrangeira ou penal condenatória. Nos demais, haverá mera fase de cumprimento de sentença, e a execução formará um conjunto unitário com o processo antecedente, denominado processo sincrético. Nem por isso ela perdeu autonomia, porquanto a fase executiva não se confunde com a cognitiva. A autonomia persiste, se não com um processo novo, ao menos com o desencadeamento de uma nova fase processual.

Dessa forma, o processo de conhecimento tem uma finalidade própria e intrínseca no caso específico da execução, o princípio da autonomia, tendo como finalidade na execução a satisfação da pretensão.

2.2.6 Princípio da disponibilidade da execução

Princípio da disponibilidade na execução e no cumprimento de sentença, a desistência é feita em qualquer momento, porém antes que seja embargada ou impugnada, diferentemente do processo de conhecimento, no qual o requerente só pode desistir da ação antes da manifestação do réu. Pois, ao credor cabe o interesse ou não da desistência. Segundo Donizetti (2020 p.142):

Princípio da disponibilidade da execução: o credor não está obrigado a promover a execução do crédito do qual é titular e, uma vez instaurado o processo executivo, pode desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva” (art. 775), mesmo após a oposição de embargos pelo devedor (executado), independentemente da aquiescência deste. A desistência da execução terá efeitos distintos nos embargos, a depender da matéria tratada pelo devedor. Se versarem unicamente sobre questões de natureza processual, a extinção da execução implicará a extinção dos embargos, arcando o credor com as custas e os honorários advocatícios (art. 775, parágrafo único, I). Quando, porém, cuidarem de questões relativas ao direito material, ou seja, à própria relação creditícia, embora possa o exequente dispor da execução, a extinção dos embargos dependerá da aquiescência do devedor (art. 775, parágrafo único, II), à semelhança do que ocorre no caso de desistência da ação principal e a subsistência da contestação e/ou reconvenção (art. 343, § 2º).

Desse modo, independentemente da concordância do executado, o credor pode desistir da ação, porém, se o caso envolve embargos ou impugnação é necessária a concordância da desistência do devedor. Isso acontece pelo fato do interesse na obtenção de uma decisão desconstituindo ou declarando a invalidade da execução. É importante mencionar que a desistência afeta algumas medidas executivas, como, por exemplo, a penhora do bem do devedor.

2.2.7 Princípio da primazia da realidade

Busca a prevalência da verdade real durante o processo executivo. Assim, havendo divergência entre os fatos e os documentos apresentados no bojo dos autos executivos é imprescindível que o juízo aduza aos fatos ao emitir os atos processuais.

Nessa medida, o que deve ser levado em consideração ao conduzir a execução é o que verdadeiramente é e não o que aparenta ser. A execução, assim como todas as demandas conduzidas pelo poder judiciário, deve buscar ser fiel aos fatos reais para que se constitua um processo de equilíbrio das partes, com satisfação do credor e do devedor, antes, durante e depois do adimplemento do débito.

Por fim, segundo Daniel Gemignani (2020, pág. 19), (...) não deve o princípio da primazia da realidade focar a proteção de quaisquer das partes, mas, pelo contrário, deve se caracterizar como um dever de o Estado perquirir a realidade sobre a qual a relação submetida a sua análise se efetivou”. Essa deve ser a bússola que norteia todo o sistema processual.

3 A impenhorabilidade e a proteção aos vulneráveis

Como parte da execução forçada, temos o instituto da penhora como um importante aliado para o cumprimento da obrigação, que muitas das vezes não é cumprida de livre e espontânea vontade pelo executado após sua citação. A penhora é o ato executório no qual o juiz determina a expropriação de bem do devedor a fim de que satisfaça o débito exequendo.

Segundo Liebman (2003, p.95), “a penhora é o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exequente, tem, pois, natureza de ato executório”.

Montenegro Filho (2019, p.114) conceitua da seguinte forma:

A penhora é ato disciplinado pelo direito processual, tendo por objetivo efetuar a apreensão de bens pertencentes ao devedor e/ou ao responsável, para permitir a satisfação do credor, considerando que a execução por quantia certa contra devedor solvente é expropriatória (art. 824), atuando o Estado de forma substitutiva, mediante a prática de atos de sujeição em relação ao devedor, cujo patrimônio pode ser alcançado mesmo contra a sua vontade.

O artigo 831 do Código de Processo Civil (CPC/2015) dispõe que a penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios. Já no artigo 835⁴⁹ leciona que a penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem, no inciso I, dinheiro.

Portanto, os artigos em comento acima deixam explícito que o legislador elegeu o dinheiro como instrumento preferencial para adimplir a execução por quantia certa. Nessa esteira, é notória a substancial utilização do sistema de bloqueio de valores em conta bancária, sistema SISBAJUD, dirigido pelo Banco Central.

O CPC no artigo 854 explanou, de modo cristalino, como deveria se dar os bloqueios de valores em conta bancária. Transcrevo o trecho mencionado para melhor compreensão:

Art. 854: Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução (BRASIL, 2015, p.1).

⁴⁹Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV - veículos de via terrestre;
- V - bens imóveis;

A penhora on-line é aperfeiçoada através do envio de comunicação ao Banco Central (por meio físico ou eletrônico, preferencialmente, em respeito ao princípio da razoável duração do processo), determinando a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado.

Anoto que, conforme entendimento esposado pelo STJ no acórdão do REsp 1832857/SP abaixo transcrito, a medida constritiva deve ser executada, quando possível, após ou concomitantemente ao ato de citação, vejamos:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. BACENJUD. POSSIBILIDADE. APÓS OU CONCOMITANTE À CITAÇÃO. 1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que **o arresto executivo deve ser precedido de prévia tentativa de citação do executado ou, no mínimo, que a citação seja com ele concomitante**. 2. Mesmo após a entrada em vigor do art. 854 do CPC/2015, a medida de bloqueio de dinheiro, via BacenJud, não perdeu a natureza acautelatória e, assim, para ser efetivada, antes da citação do executado, exige a demonstração dos requisitos que autorizam a sua concessão. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, segunda turma, **RELATOR** Ministro OG FERNANDES, DJe 20/09/2019).

O sistema SISBAJUD é uma ferramenta de pesquisa e busca de ativos financeiros em que, por determinação judicial, há o bloqueio de valores em conta bancária. Esse sistema utiliza-se das informações geridas pelo Banco Central e tem o condão de se imiscuir em todas as contas do executado, inclusive as contas de bancos exclusivamente eletrônicos, bloqueandoos valores depositados ou investidos.

O bloqueio não significa a perda dos valores aprisionados, mas sim a indisponibilidade de uso da quantia pelo devedor. Posteriormente, sendo a quantia bloqueada parcialmente suficiente para adimplir a execução, o devedor deve ser intimado para se manifestar acerca do valor bloqueado, podendo alegar as impenhorabilidades do artigo 833 do CPC/2015. Já se a quantia bloqueada for suficiente para adimplir o débito exequendo, o devedor deve ser intimado para opor embargos à execução, tendo em vista que a ação executiva foi garantida.

O Superior Tribunal de Justiça assentou, por meio do REsp nº 1822034/SC, a importância de dar ciência ao executado do arresto feito em suas contas bancárias para a garantia do contraditório e ampla defesa. Descrevo abaixo a ementa do REsp em comento de relatoria da Ministra Nancy Andrighi para melhor julgamento e entendimento.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ARRESTO EXECUTIVO ELETRÔNICO. TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO FRUSTRADA. ADMISSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS TENTATIVA DE CITAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Ação de execução de título extrajudicial ajuizada em 10/08/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 26/12/2018 e distribuído ao gabinete em 25/06/2019. Julgamento: CPC/15. 2. O propósito recursal consiste em decidir acerca da admissibilidade de arresto executivo na modalidade on-line, antes de esgotadas as tentativas de citação do devedor. 3. **O arresto executivo, previsto no art. 830 do CPC/15, busca evitar que os bens do devedor não localizado se percam, a fim de assegurar a efetivação de futura penhora na ação de execução.** Com efeito, concretizada a citação, o arresto se converterá em penhora. 4. **Frustrada a tentativa de localização do devedor, é possível o arresto de seus bens na modalidade on-line, com base na aplicação analógico art. 854 do CPC/15.** Manutenção dos precedentes desta Corte, firmados na vigência do CPC/73. 5. Hipótese dos autos em que o deferimento da medida foi condicionado ao exaurimento das tentativas de localização da devedora não encontrada para citação, o que, entretanto, é *prescindível*. 6. Recurso especial provido. (STJ, terceira turma, data do julgamento 15/06/2021).

É primordial ressaltar a instrumentalidade dos recursos no processo executivo para afirmar e estabelecer a prevalência do princípio do contraditório e da ampla defesa, basilares do sistema processual. A necessidade de garantir a execução para possibilitar a interposição dos embargos executivos está assentada na natureza do título executivo, seja fiscal ou extrafiscal, tal título é dotado de natureza líquida. Assim, quando da inicialização da execução, não está em discussão a validade do título. Entretanto, essa discussão acerca da veracidade da dívida alegada pode ser questionada por meio dos embargos à execução.

Nos embargos à execução é possível questionar tanto a natureza do débito bloqueado pela medida de constrição SISBAJUD, quanto pode alegar qualquer outra medida de defesa, podendo, inclusive, questionar a natureza do título executivo.

Considerando que o sistema SISBAJUD é apenas um instrumento de penhora, essa é ato que antecede a expropriação de um bem para que o resultado da venda ou o valor bloqueado sirva para quitar um débito exequendo. A penhora, como ato executivo que é, torna pública a situação de restrição da disponibilidade do bem pelo seu atual proprietário e condiciona, quando bem móvel ou imóvel, nestes termos bens infungíveis, a reserva do bem para uma futura alienação.

O instituto da impenhorabilidade tem sentido e significados opostos à penhora. Se a penhora é conceituada como o “ato coercitivo que dá início à expropriação de bens do devedor”, a impenhorabilidade pode ser entendida como a impossibilidade de se ter os bens expropriados por determinação legal.

O código de processo civil, com a finalidade de promover o princípio da dignidade da pessoa humana, estabeleceu que determinados bens não fossem passíveis de constrição pelo poder judiciário. Assim, o legislador buscou garantir que os bens exigíveis à manutenção do mínimo existencial estariam salvaguardados da atuação do credor.

Dessa feita, a legislação infralegal (no caso o Código de Processo Civil, lei 13.105/2015), no seu artigo 833, materializou o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito pelo inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado ao princípio do mínimo existencial, sendo aquele substrato de validade deste. Torres (2001) dispõe em sua obra teoria dos direitos fundamentais que:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Da leitura dos artigos do Código de Processo Civil, abaixo transcritos, é possível perceber a preocupação do legislador em proteger o patrimônio mínimo do executado, essencial à sobrevivência digna do devedor, na medida em que a execução correrá do modo menos gravoso ao executado.

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

Art. 867. O juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado.

A impenhorabilidade imposta pelo legislador no artigo 833 do código de processo civil (Lei 13.105/2015) tem o condão de proteger determinados bens tidos como essenciais para manutenção de uma vida digna como o bem de família, os móveis que guarnecem uma residência e os próprios vencimentos do indivíduo que tem natureza alimentar.

O artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil dispõe que é impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos, esse dispositivo confere proteção legal ao ativo financeiro poupado contra o avanço da tutela executiva, salvaguardando o patrimônio do devedor.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. VALORES BLOQUEADOS. IMPENHORABILIDADE. LIMITE DE ATÉ 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO. I. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II. É entendimento desta Corte Superior que **são impenhoráveis os saldos inferiores a 40 salários-mínimos depositados não só em caderneta de poupança mas, também, a mantida em fundo de investimento, em conta-corrente ou guardada em papel-moeda, ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude.** III. Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. IV. Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp n. 2.017.186/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/9/2022, DJe de 15/9/2022.)

É notório que tal benefício visa proteger o pequeno investimento e a poupança modesta, que tem por fim garantir ao titular e a sua família proteção contra imprevistos como desemprego ou doença. Entretanto, é imperativo analisar se o princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, que embasam a escolha do legislador em proteger a reserva poupada, não se tornaram óbice ao processo executivo.

Na configuração atual, as cadernetas de poupança têm sido cada vez mais usadas pela população, mas o fato é que, muitas vezes, essa modalidade tem sua função desvirtuada, apresentando de fato características de conta corrente.

Nessa medida, algumas entidades financeiras habilitam, automaticamente, a vinculação da conta corrente a uma determinada conta poupança, sendo, em situações de depósitos prolongados, que alguns valores são direcionados a uma conta poupança do indivíduo mesmo esse não tendo a intenção ou o comportamento deliberado de poupar para garantir momentos futuros de eventuais riscos.

A popularização da caderneta de poupança, tendo em vista que a configuração social obriga o indivíduo a possuir cadastro no sistema financeiro, dado a ausência da cobrança de tarifas bancárias, leva o usuário a aderir a essa modalidade de conta, não porque deseja poupar parte de seus rendimentos para garantir a subsistência da família em tempos de crise, mas sim dadas às facilidades de emissão e a economia na manutenção e realização das transações bancárias.

Quando o indivíduo passa a ser executado em uma determinada ação de execução, logo é aconselhado a fazer suas transações bancárias por meio de uma conta poupança, tendo em vista que a lei, deliberadamente, protege o crédito de até 40 salários mínimos depositados.

Nesse fulcro, a poupança é usada com manifesto propósito de blindagem patrimonial dos ativos financeiros do executado, protegendo-os de uma possível constrição judicial. A partir da leitura da atuação dos advogados na defesa de seus clientes, do conhecimento da lei e das várias estratégias de proteção do patrimônio do executado, o judiciário precisa ter o cuidado de avaliar a verdadeira natureza jurídica dessas contas para certificar-se da prevalência da primazia da realidade sobre a forma.

O princípio da primazia da realidade, amplamente aplicado ao processo do trabalho, deve ser observado em todo o sistema processual na medida em que o processo tem por função precípua a busca da verdade real. Santoro (2018, p. 8) leciona que “o princípio da primazia da realidade deve ser interpretado como um desdobramento do princípio protetor, objetiva, sobretudo, privilegiar a efetiva realidade dos fatos, e não eventual forma construída em desacordo com a realidade”.

O STJ já se pronunciou no Agravo Interno em Recurso Especial de nº1693512/MG acerca da necessidade de o executado provar, apresentando o extrato de movimentação dos últimos meses, que de fato faz uso da conta poupança com essa natureza para, só assim, permitir e aplicar a proteção da impenhorabilidade descrita no artigo 833, inciso X do CPC/15.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 833, INCISO X, DO CPC/2015. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

I- Na origem, trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de desbloqueio de valores nos autos de Execução Fiscal movida pelo Estado de Minas Gerais. No Tribunal a quo, o agravo interno foi improvido. Nesta Corte, não se conheceu do recurso especial. II-A Corte a quo analisou as alegações da parte com os seguintes fundamentos: **“No caso, o agravante não anexou nenhum documento a fim de comprovar que a penhora recaiu em valor depositado em conta poupança, tampouco sobre seus proventos. Deste modo, ausente prova no sentido de que se trata de quantia depositada em conta poupança ou de que se trata de reservas financeiras em conta corrente, não estão os valores acobertados pelo manto da impenhorabilidade, mantendo-se a legalidade da penhora anteriormente efetuada.”** III- Verifica-se, portanto, que a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria. Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual **“A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”**. IV- Agravo interno improvido. (STJ, segunda turma, rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, data do julgamento 16/12/2020, DJe 18/12/2020).

Com o fim de garantir que a caderneta de poupança é realmente um instrumento de precaução frente aos imprevistos da vida, o juízo precisa averiguar as operações realizadas em um determinado espaço de tempo naquela conta, e quais os tipos de operações mais frequentes, se de crédito ou de débito.

Exponho abaixo alguns acórdãos proferidos pelo STJ que afirmam o entendimento dessa corte acerca da matéria em comento:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. CONTA-POUPANÇA. ACÓRDÃO A QUO QUE CONCLUIU PELA UTILIZAÇÃO DA CONTA-POUPANÇA COMO CONTA CORRENTE EM RAZÃO DAS SUCESSIVAS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. No caso, o tribunal de origem, atento ao conjunto fático-probatório dos autos, assentou que 'verifica-se, a partir do extrato acostado às fs. 63/65, **que a conta bancária nº 512.178-7 foi objeto de intensa movimentação, sendo realizados descontos e compensações de cheques, gastos com crédito e diversos saques, o que descaracteriza sua condição de conta poupança.** Na verdade, a forma de utilização da referida conta mostra maior proximidade material com uma conta corrente, que, salvo as verbas de caráter alimentar, não está protegida pela impenhorabilidade do artigo 649, CPC". (STJ – AgRg no AREsp 511240/AL – 1ª Turma – Relator Ministro Benedito Gonçalves – Data de julgamento: 19/03/2015).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS MEDIANTE PENHORA ON-LINE. PROVA INSUFICIENTE **DA IMPENHORABILIDADE DO ART. 833, X, DO CPC. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. O acórdão recorrido consignou:** «Por fim, quanto ao pedido de desbloqueio de ativos financeiros via Sistema BACENJUD, com amparo no art. 854, § 3º, I, do CPC, mantenho o que foi consignado na sentença: «Com relação à suposta impenhorabilidade dos valores bloqueados via Bacenjud, em que pese os « precedentes suscitados pela embargante, **há que destacar que a impenhorabilidade prevista em nosso sistema jurídico constitui exceção à regra da responsabilidade patrimonial do devedor** (art. 789, do CPC), **não podendo ser atribuída interpretação que acabe por esgotar os meios de se solver a obrigação ora executada. Ou seja, se de um lado, o art. 833, do CPC busca assegurar a dignidade do executado, lado outro, não se pode esquecer da sua responsabilidade patrimonial e da necessidade de garantir a segurança as relações jurídicas, sobretudo de cunho obrigacional, sob pena de comprometer o crescimento econômico do país. Logo, a regra da impenhorabilidade dos valores até 40 salários mínimos, em tese, se aplicam às reservas depositadas em cadernetas de poupança e, ainda assim, a jurisprudência vem flexibilizando nos casos em que dita conta não é utilizada para os fins a quem se destinam - garantir reserva de emergência/pequenos poupadores. Logo, a análise da impenhorabilidade de valores bloqueados depende da análise da natureza da conta em que se encontram disponíveis, bem como a natureza/origem dos próprios numerários constrictos e da comprovação da ausência de outras reservas financeiras, não sendo possível, de plano, reconhecer a incidên-**

cia do dispositivo do art. 833, X, do CPC de imediato. [...] (...) Dito isso, não havendo elementos que permitam analisar a impenhorabilidade dos valores bloqueados, mantenho o bloqueio do montante de R\$ 2.390,34 (dois mil trezentos e noventa reais e trinta e quatro centavos) depositados em conta de titularidade do executado.” (fls. 383-384, e-STJ) 2. Conforme consta na decisão agravada, o Tribunal de origem, soberano na análise do conjunto fático-probatório constante dos autos, concluiu que não há “elementos que permitam analisar a impenhorabilidade dos valores bloqueados”. Sendo assim, manteve o bloqueio do montante de R\$ 2.390,34 (dois mil, trezentos e noventa reais e trinta e quatro centavos) depositados em conta de titularidade do executado. 3. Rever o entendimento do acórdão recorrido, com o objetivo de acolher a pretensão recursal da empresa, demanda revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.” 4. Agravo Interno não provido. (STJ, AgInt no REsp 1971849/AL, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, data do julgamento 30/05/2022).

Conforme o exposto acima, Abelha (2015) leciona em sua obra que a lei não pode prever todas as situações possíveis no mundo real por isso o faz de modo genérico. Assim, não pode o julgador se valer da aplicação desmedida do texto legal, é imperioso aplicar a lei observando a concretude do caso individualmente.

A partir de todo o raciocínio concatenado, o processo executivo, ao garantir o crédito exequendo por meio do sistema SISBAJUD de bloqueio de ativos financeiros, deve ter o cuidado e a perícia de avaliar os valores bloqueados conforme sua natureza material e real.

Nesse contexto, o processo executivo precisa balizar sua atuação de modo racional e ponderado, com o objetivo de garantir a prevalência de dois princípios: o princípio da materialização do direito ao crédito do exequente e o princípio da menor onerosidade ao executado. Assim, a lei aplicada pelo juiz deve garantir que ambos os direitos sejam realizados no curso da ação executiva.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como ponto de partida a discussão sobre a execução fiscal por meio da visão do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto da impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança e o seu impacto na satisfação do crédito exequendo.

Fica evidenciado o papel importante que é desempenhado pela doutrina e pelos tribunais no estabelecimento de parâmetros objetivos capazes de balizar as decisões que expõe que a impenhorabilidade dos valores bloqueados em conta poupança até o limite de 40 salários mínimos é uma garantia dada ao executado como forma de preservar um “mínimo existencial” dele, desde que tais valores constituam verdadeira reserva contra crises financeiras futuras.

Dessa forma, o executado deve demonstrar que, no caso concreto, o saldo preservado sob a cláusula de impenhorabilidade é, em verdade, utilizado para assegurar ao devedor a manutenção de uma vida digna durante os períodos de crise, sob pena de sujeitar-se à revisão pelo sistema recursal.

Em arremate, diante de todo o exposto, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) busca a concretização da justiça por meio da averiguação da verdade real e a partir do caso concreto garantir a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a satisfação do crédito exequendo quando o executado tem patrimônio suficiente para fazer frente ao débito sem comprometer sua subsistência.

Por fim, a pesquisa em questão, não é o fim do estudo dessa área, mas um início e pode servir para pesquisas e análises mais aprofundadas do tema, atingindo outras áreas do direito.

5 REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual e Execução Civil**. 5ª edição. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20.set.2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. BACENJUD. POSSIBILIDADE. APÓS OU CONCOMITANTE À **CITAÇÃO**. REsp 1832857 / SP. RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL, RECORRIDO: DIANA PAOLUCCI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Relator: MINISTRO OG FERNANDES. Acórdão, 17.09.2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ARRESTO EXECUTIVO ELETRÔNICO. TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO FRUSTRADA. ADMISSIBILIDADE. EXAURIMENTO DAS TENTATIVAS DE CITAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. JULGAMENTO: CPC/15. REsp nº 1822034/ SC. Recorrente: BANCO DO BRASIL SA, recorrido: FORMULA IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE PRODUTOS NAVAIS LTDA. Relatora: MINISTRA NANCYANDRIGHI. Ementa, 15.06.2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. VALORES BLOQUEADOS. IMPENHORABILIDADE. LIMITE DE ATÉ 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO. AgInt no REsp 2017186/RS. AGRAVANTE: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, AGRAVADO: THEOZENE MARIA MORO MARINELLO. RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA. Acórdão, 12.09.2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 833, INCISO X, DO CPC/2015. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AgInt no AREsp 1693512 / MG. Agravante: ÉDIO NOGUEIRA, agravado: ESTADO DE MINAS GERAIS. Relator: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO. Acórdão, 16.12.2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. CONTA-POUPANÇA. ACÓRDÃO A QUO QUE CONCLUIU PELA UTILIZAÇÃO DA CONTA-POUPANÇA COMO CONTA CORRENTE EM RAZÃO DAS SUCESSIVAS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AgRg no AREsp 511240/AL. AGRAVANTE: LEONILDO SERAFIM DOS SANTOS, AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS-IBAMA. RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES. Acórdão, 19.03.2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS MEDIANTE PENHORA ON-LINE. PROVA INSUFICIENTE DA IMPENHORABILIDADE DO ART. 833, X, DO CPC. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AgInt no REsp 1971849/AL. AGRAVANTE: ANDRE LUIS CHAVES VALENTE, AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL. RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Acórdão, 30.05.2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

DONIZETTI, Elpídio Donizetti. **Curso de Direito Processual Civil**. 23. Ed., São Paulo: Atlas, 2020.

GEMIGNANI, D. Princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade sob uma nova perspectiva. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 4, n. 6, p. 129-157, 3 nov. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Execução, **Curso de direito processual civil: Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões**, vol. 3, 13. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: Teoria geral**, vol. 1, 17. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Processo de execução**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Veronica Miranda. Penhorabilidade do bem de família imóvel de alto valor: análise sob a prisma do mínimo existencial. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50874/penhorabilidade-dobem-de-familia-imovel-de-alto-valor-analise-sob-o-prisma-do-minimo-existencial>. Acesso em: 24 set. 2022

RIBEIRO, Marcelo Ribeiro. **Processo Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

SANTORO, Gabriel Henrique. A Valoração das Provas Testemunhal e Documental no Processo do Trabalho: **A dificuldade de atingir a verdade na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Lura editorial, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. III, 51. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Direito fundamental à moradia: análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí sobre reintegração de posse⁵⁰

Rafaela Paes de Oliveira Barreto⁵¹
Macell Cunha Leitão⁵²

Resumo: A presente pesquisa analisa os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí em casos de reintegração de posse, buscando destacar o desafio do judiciário em lidar com conceitos que englobam o direito à moradia com o propósito de compreender como os magistrados do referido tribunal abordam tal direito defronte a existência de outros direitos, tais como o direito à propriedade. Isto posto, tendo em vista a desigualdade social e ineficácia das políticas públicas habitacionais, aqueles mais hipossuficientes recorrem a áreas que ou não existe morada ou está desocupada, o que faz surgir conflitos possessórios que colocam frente a frente o direito à propriedade e à moradia. Assim, por meio do método de pesquisa hipotético-dedutivo, recorrendo-se ao estudo bibliográfico e jurisprudencial, esta última possuindo como marco temporal os anos de 2018 até 2020, verificou-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí adota uma postura majoritária de priorizar a segurança jurídica da posse, havendo a observação do perfil socioeconômico dos possuidores. Entretanto, verificou-se um tratamento superficial com fundamentação jurídica insuficiente ao abordar esses casos que são complexos e envolvem uma série de direitos.

Palavras-chave: direito à moradia; moradia adequada; tribunal de justiça do piauí; conflitos possessórios.

Abstract: The present research analyzes the judgments of the Court of Justice of the State of Piauí in cases of repossession, seeking to highlight the challenge of the judiciary in dealing with concepts that include the right to housing in order to understand how the magistrates of that court approach this right against the existence of other rights, such as the right to property. That said, in view of social inequality and the ineffectiveness of public housing policies, the most disadvantaged resort to areas that either do not have housing or are unoccupied, which gives rise to possessory conflicts that put the right to property and housing face to face. Thus, through the hypothetical-deductive research method, resorting to the bibliographical and jurisprudential study, the latter having as a time frame the years 2018 to 2020, it was verified that the Court of Justice of the State of Piauí adopts a majority position to prioritize the legal security of tenure, with the observation of the socioeconomic profile of the possessors. However, there was a superficial treatment with insufficient legal basis when approaching these cases that are complex and involve a series of rights.

Keywords: right to housing; adequate housing; court of justice of piauí; possessory conflicts.

⁵⁰ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior (ICEV).

⁵¹ Graduanda em Direito do Instituto de Ensino Superior (ICEV).

⁵² Professor do Instituto de Ensino Superior (ICEV) e Doutor em Direito e Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGDUFSC).

1 INTRODUÇÃO

*Quem é rico mora na praia mas quem trabalha nem tem onde morar
Quem não chora dorme com fome mas quem tem nome joga prata
no ar.*

(Pedras Que Cantam, Fagner)

Com a constitucionalização do direito civil, houve a adição de uma condicionante ao direito à propriedade, sendo essa a do necessário exercício de sua função social. Assim, uma das incumbências que uma propriedade pode possuir é o da moradia, consistindo esta em um direito social consolidado em texto constitucional.

Todavia, a problemática reside no fato de que a desigualdade socioeconômica interfere na eficácia da função social da propriedade urbana, violando diretamente o direito à moradia, principalmente daqueles moradores que não são proprietários, apenas possuidores. Ou seja, o que se percebe é que a configuração do direito social conquistado ganha enfoque mercadológico e destaque em acionamentos judiciais, visto que os moradores possuidores dispõem de frágil segurança jurídica.

Como consequência disso, os conflitos possessórios decorrentes de tal situação dão ao Poder Judiciário um papel de protagonismo como possível agente solucionador de tais situações que colocam o direito à propriedade e o direito à moradia em diálogo. Destaca-se que a existência de tais lides se dá pelo fato de que as políticas públicas habitacionais se mostram insuficientes para assegurar o direito a uma moradia adequada.

O objetivo geral do respectivo estudo é realizar uma análise dos julgados, em sede recursal, das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Piauí, com a finalidade de estudar como tais órgãos julgadores aplicam o direito à moradia nos casos de conflitos possessórios. Outrossim, busca-se retirar da seguinte análise das decisões a postura do Judiciário em questão perante as ações envolvendo direitos sociais que, em tese, deveriam ser garantidos por intermédio da atuação estatal.

A presente pesquisa foi organizada da seguinte forma: na primeira seção, busca-se contextualizar a discussão, comparando a forma com que a propriedade privada era tratada na vigência do Código Civil de 1916 (CC/1916) com a maneira que ela foi regulamentada agora tanto com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) como com o Código Civil (CC/2002). Além disso, nessa parte inicial, analisa-se como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) versou sobre a propriedade urbana interligando o presente tópico com o direito à moradia.

Na segunda seção, conceitua-se o que seria moradia com a devida ênfase ao termo da moradia adequada. Somado a isso, o tópico trata também sobre a problemática da mercantilização do direito à moradia e ineficácia das políticas públicas habitacionais e como essas adversidades fazem surgir conflitos possessórios. Por fim, na última seção, visto que tais dificuldades fizeram com que os indivíduos considerassem o Poder Judiciário como garantidor de direitos face a ineficiência da atuação Estatal, realiza-se uma análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí com foco na aplicabilidade do direito à moradia nos casos de reintegração de posse.

Para atingir esse propósito, o método de pesquisa foi o hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que o Poder Judiciário é visto como garantidor do direito à moradia, mais especificamente nos casos de conflitos possessórios gerados pela ineficácia das políticas públicas habitacionais. Desse modo, com a finalidade de fazer com que o artigo atinja seus objetivos gerais e específicos, o aludido texto possui como base tanto a pesquisa bibliográfica como jurisprudencial.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Inicialmente, a codificação civilista tinha como figura central o homem proprietário, sendo tal código, o de 1916, altamente individualista, patrimonialista e prezando pela mínima atuação estatal. Isso se deu por conta da influência direta do Código de Napoleão na legislação brasileira, o primeiro código que separou as leis civis das leis públicas, e serviu de modelo para as codificações do século XIX (MORAES, 1991).

Ressalta Gustavo Tepedino (2006) que tal Código Civil brasileiro seria a Constituição do Direito Privado, justamente pelo fato de garantir, de forma mais elevada, as relações patrimoniais, de modo que não houvesse interferências do Poder Público.

Porém, com as crises iniciadas com a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), o direito civil já não se encontrava mais invulnerado, havendo fortes mudanças no sentido das estruturas do contrato e da propriedade privada, visto que houve a ascensão da figura do Estado como figura que iria assumir as funções antes exercidas apenas pela iniciativa privada (MORAES, 1991).

Nesse contexto, reforça-se que, no Brasil, a CF/88 representou um marco histórico consubstanciando o Estado democrático de direito, sendo assim reconhecida a força normativa da Constituição e a própria democratização do sistema constitucional (SILVA NETO *et al.*, 2020). Como expõe Barroso (2006), a referida Constituição não só desfrutaria não da sua supremacia formal, mas também teria começado a dispor da supremacia material.

Isso significa que os demais ramos do direito começaram a ser interpretados à luz dos valores constitucionais e é nessa conjuntura que advém o Código Civil de 2002, um código civil com maior interferência Estatal, mais social, baseado nos preceitos constitucionais, havendo a superação, dessa forma, da *summa divisio* entre o Direito Público e o Direito Privado. Sobre esse processo de constitucionalização, afirma Tepedino (2006, p.41):

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.

Dessa maneira, soma-se aos princípios tradicionais - da autonomia da vontade, obrigatoriedade do pactuado e consensualismo - os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato/propriedade e equilíbrio contratual, reinventando, deste modo, a dinâmica de interpretar e aplicar o Direito às relações jurídico-privadas.

O efeito de tal constitucionalização do Código Civil no que diz respeito ao direito à propriedade, como se extrai dos dispositivos art.5º, inc.XXII⁵³ c/c inc.XXIII⁵⁴ da Constituição Federal de 1988 e art.1.228¹, §1º do Código Civil de 2002, é que agora há a sua limitação conforme o exercício da função social.

Antes, na Codificação de 1916, o direito à propriedade possuía um caráter absoluto com contornos individualistas, podendo o proprietário usar, gozar e dispor do bem da maneira que lhe fosse conveniente, até mesmo podendo deixar as terras ociosas, sem cultivo, e os imóveis urbanos desocupados ou sem construções. (JELINEK, 2006).

Desta feita, preponderava a liberdade do indivíduo sobre o bem, sendo excluída a figura do Estado em sua limitação, visto a concessão, ao proprietário, do direito subjetivo absoluto sobre a propriedade, garantido-lhe a sua autonomia individual. Entretanto, notou-se que se fazia necessária dar um novo viés ao instituto jurídico, pois tal modelo proprietário entrava em crise, tendo em vista o crescimento e a difusão de ideais mais solidários e que davam aos interesses sociais um maior protagonismo. Explica Anderson Schreiber (2013, p.5) que:

A crise de legitimação da propriedade privada e o movimento solidarista evidenciaram a necessidade de se tutelar, com o instituto da propriedade, não apenas os interesses individuais e patrimoniais do proprietário, mas também interesses supra-individuais, de caráter existencial, que poderiam ser prejudicados pelo irresponsável exercício do domínio (e.g., preservação do meio ambiente e bem-estar dos trabalhadores). Altera-se, assim, drasticamente a função da propriedade, que passa a abarcar também a tutela de interesses sociais relevantes.

⁵³ 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: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁵⁴ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Com isso, entra em evidência a função social da propriedade, princípio constitucional responsável por balizar o direito à propriedade, atribuindo ao proprietário deveres constitucionais para que haja a preservação do interesse coletivo. Estaria a função social fundamentada na própria ideia de sociedade estruturada democraticamente por meio de um sistema de direitos que dá a todos os seus integrantes as mesmas possibilidades de ação. (DANTAS, 2015)

Assim, com o advento da CF/88, combinada com o CC/2002, a propriedade passou de um regime mais limitado à individualidade e exclusividade da figura do proprietário para um regime relativista, que busca estimular o desenvolvimento da coletividade com a presença de um Estado intervencionista que lhe imponha tanto condutas positivas quanto negativas.

No que tange à propriedade urbana, esta deve seguir as diretrizes fixadas no Plano Diretor, como dispõe o art.182 da CF/88, localizado no capítulo direcionado à Política Urbana, mais especificamente em seu §2º. Tal dispositivo⁵⁵ afirma que a propriedade urbana cumpre com sua função social quando atendidas as condições imprescindíveis de ordenação na cidade delineadas no plano diretor⁵⁶.

⁵⁵ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁵⁶ De acordo com Pinheiro (2012), o plano diretor consiste em um instrumento utilizado na política de desenvolvimento e expansão urbana, documento este que contém um conjunto de propostas para que sejam atingidos os objetivos do pleno desenvolvimento da função social da cidade e bem-estar dos que a habitam.

Soma-se também os dizeres do Estatuto da Cidade (Lei n° 10.257/2001), código este elaborado com a finalidade de consolidar o processo que possui como objetivo garantir o direito à cidade aos cidadãos (MARGUTI *et al.*, 2016). Como destaca Meda (2018, p.73), os dispositivos desta lei foram construídos baseados na “busca por cidades sustentáveis, da gestão democrática urbana, da cooperação entre atores públicos e privados e o planejamento urbano consubstanciado em serviços de infraestrutura e de ordenação e controle do solo”.

Em seu art.1°, parágrafo único¹, restou evidente que seu propósito é regulamentar o uso da propriedade urbana em benefício do bem coletivo e bem-estar dos cidadãos, assim como da segurança e equilíbrio ambiental. Desta forma, o Estatuto da Cidade versa sobre a propriedade urbana sob um olhar humanista e coletivista, buscando, assim, tornar a cidade um ambiente inclusivo que permita às pessoas o desenvolvimento de suas relações humanas e a efetivação de seus direitos.

A combinação do texto constitucional com o Estatuto da Cidade reafirma a essencialidade da função social da propriedade urbana, delineando o ambiente da cidade como um direito e uma forma dos indivíduos concretizarem seus valores, visto que abrange não só o aspecto físico artificial, como engloba também o aspecto relacional de suas vidas. (MEDA, 2018).

Nesse contexto, ressalta-se que a função social da propriedade urbana também está interligada com a propriedade individual, devendo esta ser mitigada, com a finalidade de proporcionar a todos a possibilidade de lhes serem garantidos o direito à moradia, tendo em vista ser esse uma das funções da propriedade urbana (ANDRADE, 2013).

3 MORADIA: UM DIREITO OU UM PRIVILÉGIO?

A moradia é um direito fundamental social consagrado no art.6° da CF/88, por meio da Emenda Constitucional n° 26/2000, como também é um direito disposto no Estatuto da Cidade, a exemplo, em seu art.2°, inc.I:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (grifou-se)

No âmbito internacional, têm-se o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Artigo 11 – 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Para entender melhor a essência do direito à moradia, é necessário vislumbrar esta como algo além da sua concepção física, devendo ser compreendida como um meio de desenvolvimento pessoal que garanta ao indivíduo conforto, privacidade e segurança (MEDA, 2018). Ou seja, ainda que uma pessoa tenha propriedade ou posse de um imóvel e use dele como sua moradia, não significa que o seu direito esteja de fato sendo concretizado, trazendo à tona o conceito de moradia adequada.

Deste modo, o espaço da moradia adequada deve implicar na construção de um ambiente psicológico e humano (GAZOLA, 2008), levando em consideração para sua caracterização as condições de habitação, localidade e infraestrutura pública oferecida nas proximidades (MEDA, 2018). Extrai-se, dessa forma, que o fator principal para definir uma moradia como digna é analisar se esta garante à pessoa o seu mínimo existencial e se serve de ponte para a efetivação de outros direitos básicos, tais quais o da saúde, educação, lazer e segurança.

Todavia, além dos pressupostos citados, destaca-se também a necessidade de haver a segurança da posse. Nesse sentido, cita Calixto e Dias (2015, p.15) que:

[...] a moradia não deve ser compreendida apenas como um “teto e quatro paredes” ou como mercadoria. A aquisição no mercado de uma habitação e a segurança dos títulos de compra e venda e de propriedade não podem ser as únicas formas de se garantir o direito fundamental à moradia adequada.”

Diante disso, a problemática reside no fato de que para se viver dignamente se faz necessário ter capital suficiente para adquirir a propriedade, havendo, conseqüentemente, a mercantilização do direito à moradia, tendo em vista que os moradores possuidores não gozam de proteção jurídica firme que lhes garantam a segurança de sua posse.

Sob o mesmo ponto de vista, afirma Mastrodi e Santos (2016) que os moradores possuidores tendem a viver com o temor de ameaças de despejos e remoções, já que a posse daqueles muitas vezes é entendida como contrária ao direito à propriedade, gerando uma insegurança que afeta a qualidade de vida desses indivíduos.

Nesse cenário de instabilidade, que faz com que surjam inúmeros conflitos possessórios, tem-se a figura do Poder Judiciário como o agente que poderá, ou não, reconhecer e assegurar o direito à moradia em sua total essência. Assim, para solução das eventuais lides, entram em embate tanto o direito à propriedade quanto o direito à moradia, fazendo-se fundamental analisar como os julgados ponderam os direitos à propriedade e à moradia.

Tendo em vista a existência de dois direitos, possui o magistrado o encargo de verificar com necessário cuidado cada caso em sua particularidade para que não sejam violados outros direitos fundamentais na tomada da decisão. Isso pois, os conflitos envolvem uma série de dilemas sensíveis: Caso seja decidido pelo despejo, para onde irão as pessoas? Se o direito à moradia for reconhecido em sua totalidade, como seria o proprietário recompensado? E quais seriam os limites de interferência do Judiciário nessas questões?

Visto isso, inicialmente ressalta-se que se tratando de direitos sociais, sendo eles os direitos de segunda geração, a sua concretização é condicionada à atuação positiva, ou até negativa, do Estado para que sejam assegurados, de forma efetiva, tais direitos intrínsecos à coletividade, como os da saúde, educação, trabalho, lazer, moradia, segurança. (FERNANDES, 2018)

Nesse sentido explica Cunha Júnior (2018) que os direitos sociais são aqueles que colocam o indivíduo numa posição de exigir do Estado uma postura ativa, ou seja, de disponibilizar aos cidadãos prestações eficazes de serviços para que lhes sejam garantidos o efetivo exercício de suas liberdades fundamentais com a finalidade de diminuir situações de desigualdade.

Essas prestações estatais se dão através da criação de políticas públicas, que conforme conceitua Comparato (2010, p.292-293), consistem em “um conjunto organizado de normas e atos, tendente à realização de um objetivo determinado”. Em outras palavras, essas políticas possuem a finalidade de servirem como instrumento de materialização, por meio da atuação Estatal, de objetivos sejam políticos, econômicos ou sociais.

A título de exemplo, no que tange ao direito à moradia, um programa de destaque foi o *Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV)*, regido sob a Lei nº 11.977/2009, substituído atualmente pelo *Programa Casa Verde e Amarela*. O objetivo do PMCMV era viabilizar o acesso da população, principalmente de baixa renda, à sua casa própria.

Porém, mesmo que tenha sido o maior programa de habitação do Brasil, uma das críticas é baseada no fato de que o Estado teria entregue ao mercado imobiliário toda a responsabilidade no que se refere à concessão de direito à moradia a todos (MASTRODI e SANTOS, 2017). Com consequência, os conjuntos habitacionais foram construídos em regiões periféricas, visto os terrenos serem mais baratos nessas regiões, com infraestrutura precária e ainda com quantidade escassa de moradias para aqueles mais hipossuficientes (BOULOS, 2015).

Ou seja, o programa que possuía como fim garantir uma moradia própria às pessoas que se encontravam situações de maior vulnerabilidade socioeconômica, gerou, na verdade, segregação entre aqueles com maiores condições financeiras e os de menos. Isso pois, os agentes de mercado priorizavam construir habitações em locais distantes da cidade, já que a terra teria o valor mais barato, tratando a moradia como um produto, uma mercadoria, e não como um direito social constitucionalmente previsto.

É nesse contexto de desigualdade que surgem os conflitos possessórios justificados pela deficiência e ineficácia da atuação Estatal na garantia do direito à moradia adequada. Assim dizendo, o cenário deficitário das moradias faz com que as vítimas dessa realidade recorram a espaços na cidade que em sua maioria ou não existe morada ou, se existe, esta fica desocupada. (MEDA, 2018)

Diante disso, em âmbito nacional, percebe-se que a efetivação dos direitos sociais, que deveria ocorrer mediante atos do Poder Público, se encontra deficitária, fazendo com que a população recorra ao Poder Judiciário como um agente substancial para consolidar tais direitos individuais e coletivos. (MENDES e col, 2021). Por conseguinte, o Judiciário encontra-se na posição de garantidor de direitos e de um possível transformador social.

Busca-se, portanto, analisar a atuação do Poder Judiciário, mais especificamente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em sede de segunda instância, nas ações de reintegração de posse, com a finalidade de entender como o direito à moradia e o direito à propriedade são abordados em seus julgados e como a sua atuação é exercida diante da ineficácia das políticas públicas habitacionais.

4 ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ ENVOLVENDO AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

De início, para possibilitar a realização da pesquisa foi utilizado o sistema de *Consulta à Jurisprudência* disponível no site do Tribunal de Justiça do Piauí.

No que tange ao marco temporal, foram selecionadas as sessões realizadas entre os anos de 2018-2020, sendo selecionadas as seguintes palavras-chaves na busca jurisprudencial: *reintegração - posse - moradia*. A partir disso, foram localizados 45 processos, constando 05 (cinco) acórdãos que abordaram o *direito à moradia* em sua fundamentação das questões de mérito. Desse modo, a partir deles procura-se entender como o referido direito social foi articulado juntamente com o direito à propriedade.

Na data de 05 de setembro de 2018, foi realizada uma sessão, pela 3ª Câmara Especializada Cível, possuindo como objeto o julgamento de agravo de instrumento de nº 2016.0001.013471-1 em ação de reintegração de posse. Desta feita, da ementa do parecer realizado pelo primeiro órgão julgador, extrai-se que foi confirmado pelo relator que a posse da comunidade Agravada de fato seria clandestina, entretanto, considerou as características socioeconômicas da parte mais vulnerável da lide, conforme vislumbra-se com o seguinte trecho:

3. Entretanto, a Agravada tão somente comprovou o seu título de permissionária, sem comprovar a efetiva utilização do bem imóvel à época do alegado esbulho possessório.

4. Evidente que, no caso, a posse do imóvel em litígio, na realidade, é da comunidade Agravante, uma vez que, nessa área, já erigiu humildes casas de taipa para a sua moradia.

5. *De fato, a posse da comunidade Agravada é clandestina, assim entendida aquela que é adquirida sorrateiramente, sem violência, como ocorre, por exemplo, com a invasão na calada da noite, sem que o invasor (esbulhador) cometa qualquer violência contra o possuidor* (SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Direito Imobiliário – Teoria e Prática. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.056).

(...)

9. *Ademais, a questão ora discutida envolve o direito de moradia de toda uma comunidade carente que se instalou na propriedade em litígio, reconhecido pela CF/88 como direito fundamental, em seu art. 6º, que versa sobre os direitos sociais.* (grifo nosso) (PIAUÍ, 2018)

Em contraposto, no dia 20 de fevereiro do mesmo ano, houve o julgamento da Ap.Cível nº 2017.0001.003424-1 da 4ª Câmara Especializada Cível, em que o relator entendeu pela prevalência do direito à propriedade ao direito à moradia argumentando da seguinte forma: “O direito à moradia assegurado constitucionalmente não autoriza a imissão na posse de propriedades privadas, sob pena da violação ao direito da propriedade e posse, estes também constitucionalmente assegurados.”

No que se refere à Ap.Cível nº 2018.0001.000506-3, julgada pela 2ª Câmara Especializada Cível, houve uma maior preocupação com a situação da moradora, sendo caracterizada como:

pessoa pobre, analfabeta e que certamente não tem lugar para residir com sua família, ao contrário da parte autora, que é pessoa jurídica economicamente forte e que não necessita da posse do imóvel em litígio para a sobrevivência de suas atividades empresariais. (grifo nosso) (PIAUÍ, 2019)

Além disso, destaca-se que, em análise deste mesmo acórdão, procuraram abordar problemática de forma razoável, tendo em vista o conflito entre o direito à propriedade e o direito à moradia, sendo reconhecido em seu entendimento o princípio da função social da propriedade:

4. Inobstante a previsão legal de que o bem objeto do contrato de comodato pertença realmente ao comodante (legítimo proprietário), podendo este reaver a posse, nos moldes da lei, temos que a moradia é um direito constitucional diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. É reconhecido, atualmente, que o princípio da função social também deve ser aplicável no fenômeno puramente possessório, independentemente da existência de propriedade (...)

5. (...) Sendo assim, é medida razoável e justa, o presente litígio ser resolvido em compatibilidade com os direitos fundamentais assegurados à pessoa humana, tais como a moradia e dignidade. Assim, dada à relevância do direito à moradia e do princípio da norma mais favorável ao cidadão, é imperioso reconhecer o direito da apelante. (grifo nosso) (PIAUÍ, 2019)

Em sede de julgamento dos embargos de declaração da Apelação nº 2016.0001.013569-7, também da 2ª Câmara Especializada Cível, aquele possui uma diferenciação em relação aos demais litígios por ter como objeto um bem público. Ressaltou-se no voto, que apesar da proteção que é dada aos bens públicos, os particulares que ocupam terras públicas sem destinação específica possuiriam permissão para pedir judicialmente proteção possessória.

Para fundamentar a decisão, utilizou-se tanto da evocação do direito à moradia quanto dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, protegendo-se, nesse caso, a posse:

5. A posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a res e garantindo sua função social, sendo que o critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórios por um particular.

6. Mesmo com o disciplinamento dado à proteção dos bens públicos, aos particulares que ocupam terras públicas sem destinação específica é permitido o pedido judicial de proteção possessória.

7. Essa possibilidade não retira o bem do patrimônio do Estado, mas reconhece a posse do particular, que garante a função social da propriedade e cristaliza valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia e o aproveitamento do solo.

[...]

10. À luz do texto constitucional e da inteligência do Código Civil, a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. (grifo nosso) (PIAUÍ, 2019)

Por fim, o último processo trata-se da Ap.Cível n° 2018.0001.002640-6, julgado pela 1ª Câmara Especializada Cível na data de 24 de novembro de 2020. Nesse caso, foi abordado a questão da moradia digna, entretanto, afirmou-se ser um problema cuja solução não seria simples e que tampouco dever-se-ia privilegiar atitudes contrárias ao ordenamento jurídico. Outrossim, foi argumentado que a promoção da justa distribuição da propriedade deveria ser promovida pelo Estado. Segue trechos retirados da ementa:

2. O direito à posse não deve ceder à função social da propriedade. Vale dizer, conquanto o Magistrado de primeiro grau tenha assentado que, após a ocupação do lote, os apelados constituíram moradia digna, é cediço que essa circunstância, por si só, não deve legitimar o esbulho praticado em desfavor da apelante.

3. O problema da moradia digna, infelizmente, atinge a um contingente grande de pessoas, cuja solução não é simples, nem fácil e tampouco deve privilegiar atitudes que possam privilegiar comportamentos contrários ao ordenamento pátrio. *Em verdade, a promoção da justa distribuição da propriedade ou o condicionamento do seu uso ao bem-estar social deve ser promovida pelo Estado, como poder geral a ele conferido pela CF. É defeso ao particular, a pretexto de encontrar-se escudado pela ausência de moradia digna, invadir propriedade alheia, com o intuito de fazer cumprir a sua função social.* (PIAUÍ, 2020)

Com isso, os entendimentos das Câmaras podem ser esquematizados da seguinte maneira:

Tabela 1 - Entendimento da 1ª Câmara Especializada Cível

Ano	2020
Classe Judicial	Apelação Cível
Entendimento	Favorável ao proprietário
Fundamentação	<ul style="list-style-type: none"> - Constituição de moradia digna por si só não legitimaria o direito à posse; - A promoção da distribuição da propriedade deveria ser promovida pelo Estado; - É defeso ao particular, a pretexto de encontrar-se escudado pela ausência de moradia digna, invadir propriedade alheia, com o intuito de fazer cumprir sua função social.

Fonte: Site do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Tabela 2 - Entendimento da 2ª Câmara Especializada Cível

Ano	2019
Classe Judicial	Apelação Cível e Embargos de Declaração
Entendimento	Favorável ao possuidor
Fundamentação	- Foram evocados os princípios da função social da propriedade, dignidade da pessoa humana, da norma mais favorável ao cidadão e do valor constitucional do aproveitamento do solo; - Houve a preocupação com a situação da moradora;

Fonte: Site do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Tabela 3 - Entendimento da 3ª Câmara Especializada Cível

Ano	2018
Classe Judicial	Agravo de Instrumento
Entendimento	Favorável ao possuidor
Fundamentação	- A posse do imóvel seria da comunidade Agravante já que teria erigido casas para a moradia; - Citou diretamente o artigo do texto constitucional que versa sobre o direito à moradia.

Fonte: Site do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Tabela 4 - Entendimento da 4ª Câmara Especializada Cível

Ano	2018
Classe Judicial	Agravo de Instrumento
Entendimento	Favorável ao proprietário
Fundamentação	<ul style="list-style-type: none"> - O direito à moradia assegurado constitucionalmente não autorizaria o ingresso na posse de propriedades privadas, sob pena da violação ao direito da propriedade e posse; - Constatou que a propriedade e posse do imóvel foram comprovadas; - Caracterizou o caso como invasão, dada as provas coletadas;

Fonte: Site do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

Ao analisar as decisões recolhidas, retira-se que 40% dessas foram de encontro com o discurso copropriedade, em outros termos, priorizaram a figura do proprietário em face do possuidor, sendo aquelas referentes aos processos das Apelações Cíveis de nº 2017.0001.003424-1 e de 2018.0001.002640-6.

A primeira restringiu-se a afirmar que o direito à moradia não deveria ser usado como escusa para violar o direito da propriedade e posse, estes também assegurados constitucionalmente e houve a referência aos apelantes como “invasores” por terem verificado, por meio das provas juntadas aos autos, caso de invasão. Ou seja, a fundamentação foi baseada exclusivamente na situação do proprietário, pouco sendo discutido sobre a situação dos possuidores.

Todavia, esta última merece um destaque por abordar o termo moradia digna e as questões das políticas públicas habitacionais. Conforme foi explicitado nesta pesquisa, não há como tratar sobre questão de moradia sem incluir em seu conceito questões como a necessidade daquela ser um ambiente digno e adequado para as pessoas que o habitam.

Desta feita, ainda que tenha sido um acórdão, que ao final decidiu pela prioridade de se garantir o direito à propriedade, aquele versou sobre um tópico importante na discussão sobre o direito à moradia. Sendo, uma decisão recente, de 2020, demonstra-se que o TJPI está na direção de aprofundar ainda mais e colocar em pauta essas questões sociais merecedoras de um olhar mais delicado e sensível.

O segundo ponto essencial explanado foi sobre as políticas públicas habitacionais. O relator argumentou que mesmo existindo o problema da moradia digna, realçou que não existe uma resolução simples e que caberia ao Estado, conforme os poderes que lhe foram atribuídos pela CF/88, promover a distribuição da propriedade e o condicionamento do seu uso ao bem-estar social. Assim, na respectiva decisão foi pontuado outra especificidade do direito à moradia, sendo esta o fato de ser um direito de segunda dimensão, ou seja, que exige uma obrigação de fazer por parte dos Poderes Públicos. (PADILHA, 2019)

Tratar desse argumento é essencial para questionar e delinear a posição do Poder Judiciário nestes casos envolvendo a garantia de um direito social. Isso pois, ao mesmo tempo que possa existir de fato a omissão ou prestação insatisfatória por parte do Estado, existem os limites que os magistrados devem possuir na posição de julgadores para que não haja intervenção de um Poder em outro ao ponto de fragilizar a separação dos poderes. Diante disso, coloca-se em discussão o seguinte questionamento: até onde deve se permitir a interferência do Poder Judiciário na concessão do direito à moradia?

Conclui-se que, da análise do acórdão proferido, mesmo não tendo adentrado e desenvolvido também a matéria da segurança jurídica da posse, foram trazidas temáticas necessárias no debate envolvendo o conflito do direito à moradia e de propriedade.

No que tange aos 60% (sessenta por cento) processos restantes, extrai-se que foi adotado um discurso mais favorável ao possuidor, entendendo-se pela prevalência do direito à moradia em face do direito à propriedade. Da leitura de tais decisões, percebe-se que em suas argumentações foram consideradas, a exemplo, a condição socioeconômica daqueles detentores apenas da posse, como também colocaram em diálogo os dois direitos em conflito.

Ressalta-se que um dos pontos positivos, como o da Apelação Cível nº 2018.0001.000506-3 e do Agravo de Instrumento nº 2016.0001.013471-1, é que houve uma preocupação com a realidade social em que as partes estavam inseridas, questão esta imprescindível no momento de analisar essas questões. Como já mencionado, com a mercantilização da moradia, houve a consequente exclusão das pessoas mais hipossuficientes na garantia do direito à uma moradia adequada. E ao levar isso à pauta no momento da resolução do caso, demonstrou-se uma cautela por parte dos julgadores, necessária para evitar que aqueles que se encontram em uma situação socioeconômica mais precária sejam ainda mais prejudicados, tendo em vista suas dificuldades em serem proprietários e, como consequência, possuírem mais segurança jurídica de sua posse.

Todavia, ainda que os relatores tenham optado pela primazia do direito à moradia, notou-se uma superficialidade dos acórdãos ao tratar dessa temática. Isso porque um assunto como esse, que envolve uma série de direitos e nuances complexas, faz-se necessária uma maior exploração e desenvolvimento da fundamentação nas decisões que englobam principalmente a segurança jurídica da posse, condição socioeconômica das partes, função social da propriedade, o direito do proprietário e garantia da moradia adequada.

Nota-se que, de maneira geral, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, na maioria dos processos, adotou um entendimento mais favorável ao possuidor, levando-se em consideração a sua realidade social e abordando os princípios da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e norma mais favorável ao cidadão.

Ainda que não tenham aprofundado sobre a temática da segurança jurídica da posse e da moradia adequada, vislumbra-se que os magistrados não se limitaram a encaixar apenas a norma ao caso, mas tiveram o cuidado de ir além, demonstrando agirem com atenção e zelo com as partes que se encontravam em uma conjuntura mais vulnerabilizada.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, extrai-se que a moradia transcende a sua concepção como um espaço físico, sendo um ambiente ponte para a constituição de uma vida digna que garanta ao indivíduo o seu desenvolvimento pessoal, segurança, comodidade e que lhe atenda às suas necessidades básicas. Entretanto, a problemática quando se versa sobre a concretização do referido direito social é a ocorrência da sua mercantilização.

Ao condicionar a garantia do direito à moradia adequada à quantidade de capital que uma pessoa possui, gera-se uma segregação socioeconômica dentro da cidade, onde aqueles que possuem melhores condições econômicas possuem suas moradias localizadas em centros urbanos privilegiados, enquanto aqueles hipossuficientes se localizam em áreas menos favorecidas. Nesse cenário, é responsabilidade do Estado, tendo em vista ser o direito debatido um direito social, garantir que todos os cidadãos sejam contemplados com uma moradia digna.

Todavia, a presente pesquisa vislumbrou a ineficácia da atuação estatal, usando-se como exemplo disso, o programa habitacional *Minha Casa, Minha Vida*. Ainda que este tenha sido um importante programa social no tocante à asseguarção de moradia àqueles mais financeiramente carentes, essa política pública reforçou uma desigualdade já existente ao colocar as empresas à frente do projeto. Isso pois, os conjuntos habitacionais foram construídos em espaços com escassa infraestrutura e qualidade.

Defronte essa realidade, percebeu-se que a solução que as vítimas encontram perante essa situação é serem possuidores de locais que não cumprem em sua totalidade a sua função social da propriedade, surgindo os eventuais conflitos possessórios, decorrentes, principalmente, da frágil segurança jurídica da posse. Dessa forma, o Poder Judiciário revela-se como figura essencial para a garantia ao direito à moradia.

Quanto a isso, possuindo como recorte local o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, retirou-se por meio da análise dos julgados referentes às ações de reintegração de posse que os magistrados adotam uma postura majoritária favorável aos possuidores. E, ressalta-se que embora existam acórdãos que entenderam pela prevalência do direito à propriedade, houve a abordagem de pontos importantes tais como o próprio limite do judiciário na resolução desses casos e a evocação do termo moradia digna.

Além disso, as decisões favoráveis aos possuidores levaram em consideração tópicos imprescindíveis das lides que envolvem posse, moradia e propriedade, sendo um deles a condição socioeconômica das partes envolvidas, como também fizeram referência à princípios como da dignidade da pessoa humana, norma mais favorável ao cidadão e função social da propriedade. Porém, o que se notou de ponto negativo foi desenvolvimento ainda imaturo sobre a problemática que envolve o direito à moradia, ou seja, sentiu-se uma falta de aprofundamento na temática que envolve não só um espaço físico sendo disputado, mas vidas que ali se construíram diante uma realidade capitalista que as desfavorece e as afastam das zonas mais privilegiadas da cidade.

Conclui-se com essa análise que o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, na maioria de suas decisões do período escolhido de 2018-2020, adotou em suas fundamentações um olhar humanista que se preocupou com as partes vulneráveis, demonstrando que os magistrados analisaram além do ambiente litigado. Destaca-se que mesmo com escasso aprofundamento teórico, o possível futuro do referido tribunal é discutir de forma mais desenvolvida e estudada sobre o direito à moradia e as temáticas que a cerca, como a segurança jurídica da posse, função social da propriedade e moradia adequada e que servirá como exemplo aos demais tribunais estaduais.

REFERÊNCIAS

- Barroso, L. R. (2005). **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista De Direito Administrativo, 240, 1-42.
- BOULOS, Guilherme Castro. **Por que ocupamos? Uma introdução à luta dos sem-teto**. São Paulo: Autonomia Literária, 2014.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Agravo de Instrumento n° 2016.0001.013471-1. Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação Cível n° 2016.0001.013569-7. Relator: Des. José James Gomes Pereira.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação Cível n° 2017.0001.003424-1. Relator: Des. Oton Mário José Lustosa Torres.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação Cível n° 2018.0001.000506-3. Relator: Des. José James Gomes Pereira.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Apelação Cível n° 2018.0001.002640-6 | Relator: Des. Aderson Antonio Brito Nogueira.
- CALIXTO, Juliano dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **A efetividade do direito à moradia adequada a partir da segurança jurídica na posse no direito internacional e direito brasileiro**. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 293, 5 dez. 2015. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (coord.). **Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2013.
- FERNANDES, Dandara Cordeiro de Oliveira. **O direito à moradia sob a perspectiva dos direitos sociais: os reflexos da inefetividade das políticas públicas habitacionais na atuação do Poder Judiciário**. 2018. 143 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.
- GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do Direito à Moradia Digna: Teoria e Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MARGUTI, Bárbara Oliveira et al. **A trajetória brasileira em busca do direito à cidade: os quinze anos de Estatuto da Cidade e as Novas Perspectivas à Luz da Nova Agenda Urbana**. In: COSTA, Marco Aurélio (org.). O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana. Brasília: Ipea, 2016. p. 361.
- MASTRODI, Josué; ALVES, Ederson dos Santos. **A segurança jurídica da posse como pressuposto do direito fundamental à moradia**. Revista de Direito da Cidade, [S.L.], v. 9, n. 1, p. 27-48, 31 jan. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.
- MEDA, Ana Paula. **Direito à moradia e conflitos fundiários urbanos: a mediação como pluridólogo para cidades mais humanas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur (Série Idp), 2021.

MORAES, Maria Celina B. **A Caminho de Um Direito Civil Constitucional**. Revista Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. Teresina, 2022. Disponível em: <<https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/>>. Acesso em 18 de out. 2022.

PINHEIRO, Otilie Macedo. Plano Diretor e Gestão Urbana. – 2. ed. reimp. – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2012. 128p. : il.

SCHREIBER, Anderson. **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: PADMA Editora, v. 6, abr/jun, 2001, p. 159.

SILVA NETO, João Felipe da et al. **A constitucionalização do Direito Civil**. Novos Direitos, [s. l], v. 7, n. 1, p. 01-11, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, p. 37-53, 2006.

