

VOL. 1



ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL:

FEDERALISMO E ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

COORDENADORES: FÁBIO PERIANDRO
E YAGO NUNES

ORGANIZADORES: BRUNO SODRÉ E
CARLA CONCHITA HIRSCH



Coordenadores
Fábio Periandro e Yago Nunes
Organizadores
Bruno Sodré e Carla Conchita Hirsch

**ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS
DE DIREITO
CONSTITUCIONAL: federalismo e
organização dos poderes
VOLUME I**

Editora Direito Levado a Sério

Salvador, Bahia
direitolevadoaserio@gmail.com

Capa

Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch

Editoração

Rodrigo Andrade

Conselho Editorial

Prof. Anderson Pereira

Prof. Dr. Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

Prof. Dr. Daniel da Fonseca Lins Junior

Prof. Dr. Fábio Periandro de A. Hirsch

Profa. Dra. Flora Augusta Varela Aranha

Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto

Prof. Me. José Marcello Monteiro Gurgel

Prof. Dr. José Rômulo Magalhães

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha

Prof. Me. Rodrigo Andrade de Almeida

ISBN 978-65-87020-21-1

Dados Internacionais de Catalogação na Câmara Brasileira do Livro

H1v HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida (Coordenador)
NUNES, Yago (Coordenador)

ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL. (livro eletrônico): federalismo e organização dos poderes : volume 1 / organização: Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch, Bruno Sodré; Coordenação: Fábio Periandro, Yago Nunes. -- 1 ed. -- Salvador : Direito Levado a Sério – 2021.

PDF

1. Artigos - Coletâneas 2. Direito constitucional 3. Direito constitucional - Brasil I. Hirsch, Carla Conchita Pacheco Bouças. II. Sodré, Bruno. III. Hirsch, Fábio Periandro de Almeida. IV. Nunes, Yago.

21-69088

CDU 342 (81)

Data do fechamento desta edição: 17/06/2021

Esta publicação poderá ser reproduzida e distribuída livremente, desde que em sua integralidade e de maneira gratuita, sendo vedada qualquer forma de comercialização, bem como modificação, edição, redução ou fragmentação, sem a prévia e expressa autorização da Editora Direito Levado a Sério.

A violação dos direitos autorais é crime, tipificado na Lei nº 9.610/1998 e punido na forma do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

APRESENTAÇÃO

Quando o mundo muda, precisamos mudar também. A pandemia da COVID-19 instaurou um cenário de medo, incertezas e preocupação constante no âmbito social em todo o mundo e, com particular intensidade, no Brasil.

Já fomos o país com maior quantidade de óbitos no mundo. Motivo: negacionismo, boicotes institucionais, ineficiência administrativa, gestão temerária, desprezado pela vida humana dos mais vulneráveis, dentre outras questões.

O universo jurídico não poderia ficar alheio a esta realidade. Quem mais sofre são os mais frágeis socialmente e, neste contexto, aparece a chama vívida dos direitos fundamentais brasileiros enquanto meios de preservação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do constitucionalismo.

Desde a emergência sanitária declarada pela Organização Mundial de Saúde, passando pelo estado de exceção sanitária que se impõe no Brasil desde março de 2020 até os dias atuais, como já era esperado, no cenário jurídico os direitos fundamentais são os mais afetados – debatidos, restringidos nem sempre com correção, fulminados ou até protegidos pela atividade judicante em nível nacional e, com desenvoltura ímpar, pelo Supremo Tribunal Federal.

Na educação superior a pandemia impediu o cotidiano da academia presencial. As aulas passaram para o ambiente virtual, aumentou a ansiedade e os afazeres. O trabalho mais relevante dos docentes neste período foi e ainda é o ajuste à nova realidade.

Desta vez foi a turma de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia no Semestre Letivo Suplementar do semestre 2020.2 contribuiu com ideias, questionamentos, posições interessantes, produção científica.

O livro que se apresenta agora é o resultado de parte dos artigos enviados como elemento de avaliação da disciplina. Os discentes estão de parabéns e provam que qualidade se apresenta desde cedo.

Os artigos têm qualidade tão boa que meu trabalho foi apenas organizar – com a ajuda indispensável e inestimável de Bruno Sodré e de Yago Nunes, a quem estendo meus agradecimentos pela parceria e pela disposição.

Leiam, reflitam, divirjam, mas divulguem esta obra coletiva gratuita e de grande valor agregado. Obrigado a todos!

PROFESSOR FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD-UFBA. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFBA, da UNEB, da UNIJORGE e da Faculdade Baiana de Direito.

SUMÁRIO DA OBRA

ESTUDOS ACADÊMICOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Volume I - 2021

OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA	08
Lara Francisca Lima Cardoso Silva; Milena Carvalho Souza; Nayara Yasmin Gonçalves Santos	
ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO ENQUANTO ATUANTE COMO PODER MODERADOR	30
Girlan Dos Santos Ferreira; Larissa Alves Dos Santos; Luana Pereira Teixeira	
ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DE UMA PERSPECTIVA DA SÉTIMA ARTE	46
Luiza Beatriz de Almeida Nobre	
DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES: ENTRE A PRERROGATIVA E O PRIVILÉGIO	60
Bruno Rocha Pereira	
DESREGULAMENTAÇÃO DOS MINISTROS DE ESTADO TRAZ INSEGURANÇA AO PRÓPRIO PODER EXECUTIVO	75
Antônio Roberto Leite Matos Júnior; Daniel Araújo Pinto; Guilherme Lima Escariz	
TCU, TCE, TCM: O QUE FAZEM OS TRIBUNAIS DE CONTAS E QUAL O PAPEL DELES NO COMBATE A CORRUPÇÃO?	83
Gabriela Cardins de Souza Ribeiro	
O ORÇAMENTO PÚBLICO BRASILEIRO E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	89
Cléber do Sacramento Pinto	
O INSTITUTO DE REELEIÇÃO PARA CARGOS NO LEGISLATIVO: SOBERANIA ELEITORAL OU AFRONTA DEMOCRÁTICA?	101
Renata Nóvoa Reuter	
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: GUERRA FISCAL COMO VETOR DE TENSÃO NO SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO	112
Alexandre Pedrosa Ribeiro; Humberto Fernandes Fraga	
A FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO E OS LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL NO COMBATE AO COVID-19	120
Gustavi Cavalcante Marques	
PROJETO DE POLÍTICA PÚBLICA DIRECIONADA A EDUCAÇÃO E EMPREGO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE EXTREMA POBREZA	127
Luana Andrea dos Santos Correia	

OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

*Lara Francisca Lima Cardoso Silva
Milena Carvalho Souza
Nayara Yasmin Gonçalves Santos*

1. INTRODUÇÃO

A República Federativa Brasileira é expressamente definida como um Estado Democrático de Direito, através da Constituição Federal de 1988. Há, nesse contexto, uma união entre a imperatividade da Lei Fundamental, em que todos, incluindo o Estado, devem estar submetidos ao texto constitucional, e entre a soberania popular, sendo ela a base de uma democracia. Assim, a Constituição Cidadã evidencia o papel do Estado como defensor e principal responsável pela proteção dos direitos pertencentes aos brasileiros.¹

As leis constitucionais devem ser agentes dos “valores humanos, morais e éticos fundamentais consagrados na Constituição, numa perspectiva democrática imposta pela soberania popular”². Decerto, o cumprimento dos preceitos constitucionais para que os direitos dos cidadãos sejam respeitados é imprescindível, ao passo que, em um país desigual como o Brasil, grande parcela da população é negligenciada. Tornava-se, nesse sentido, o texto positivado uma espécie de utopia, distante de milhões de brasileiros.

A Constituição Cidadã, ainda, como forma de proteção daqueles em maior vulnerabilidade, insere como prioridade absoluta a proteção integral da criança e do adolescente. Como pode-se perceber através do artigo 227:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Deve, então, a população infanto-juvenil ser obrigatoriamente priorizada pelos órgãos públicos, em virtude do estado de desenvolvimento em que se encontram, não possuindo a completa formação emocional, física e intelectual, carecendo de auxílio para compreensão e implementação dos seus direitos. É, então, em um contexto de proteção dos vulneráveis sociais que surge a lei especial nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

¹ JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, 5ª ed, p. 525-526. Editora Juspodivm, BAHIA: Salvador, 2011.

² JUNIOR, Dirley da Cunha, 2011. P. 527.

O Estatuto surge como protetor dos direitos infantis no Brasil com base no princípio fundamental da dignidade humana.³ Contudo, torna-se essencial expor que o histórico legislativo dos direitos das crianças e adolescentes é bastante repressivo até a promulgação da Constituição Cidadã. Durante o exercício do Código de Menores, que validou-se em 1979, possuindo exercício anterior ao ECA, a criminalização da pobreza era comum e o dever do Estado era impedir que as crianças pobres se tornassem futuros marginais.⁴

As crianças e os adolescentes não poderiam se defender de acusações, segundo o Código de Menores, não havia preocupação clara em defender os direitos da infância e adolescência, pois somente os adultos eram sujeitos de direito, o ato de punir era melhor visto e aceito do que o ato de proteger. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, rompe com a ideologia punitiva presente no anterior Código ao conceder direitos e garantias fundamentais antes inexistentes.

Cabe ao Estado Democrático Brasileiro, nesse contexto, assegurar que todas as crianças e adolescentes que se encontrem em situação de vulnerabilidade possuam a chance de acessar suas garantias, buscando o efetivo respeito aos direitos institucionalizados e positivados constitucionalmente. Assim, o papel das Defensorias Públicas Estaduais e do Ministério Público mostra-se fundamentais, visto que possuem como missão a defesa dos necessitados em todos os graus jurisdicionais, além de prestar a devida orientação em virtude de problemas jurídicos.⁵

As Defensorias Públicas buscam garantir os princípios basilares do Estado Democrático, o pluralismo e a justiça social. Nesse contexto, como instituições essenciais para o funcionamento jurídico do Brasil, devem garantir o que é exposto no 5º artigo, incisos V e VII do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito à informação adequada e representação jurídica, além de “receber assistência jurídica qualificada que facilite a sua participação e os resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo.”⁶

Torna-se claro, então, que as Defensorias devem resguardar todas as crianças que apresentem-se em situação de vulnerabilidade e necessitem do devido suporte jurídico, apesar de sofrerem com diversos problemas estruturais que dificultam a realização de tal tarefa.

³ Varalda, Renato. Responsabilidades na Garantia dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. 2008. Revista Consulex, ed. 286, p.28.

⁴ SILVA FILHO, Sebastião Ferreira da. A Evolução do Direito da Infância e da Adolescência no Brasil. 2013. Cascavel, PARANÁ. Secretaria da Educação do Estado do Paraná. p.13.

⁵ ANDRADE, Andressa da Silva. Defensoria Pública: Instituição Democrática e Republicana Como Meio de Acesso à Justiça do Cidadão. 2013, Universidade Católica do Rio Grande do Sul. p.8.

⁶ GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. O Papel da Defensoria Pública em Face da Lacuna de Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente Gerada por Prática Baseada em Procedimento Jurídico Revogado. 2017, Rio Grande do Sul. P. 8

Ademais, o atendimento prioritário deve ser inviolável, levando em consideração os princípios norteadores da instituição e do ECA.

2. HISTÓRICO DOS DIREITOS INFANTIS NO BRASIL

Os exemplos de desproteção jurídica à criança são encontrados desde a Antiguidade, entre os povos egípcios e mesopotâmios, romanos, gregos, medievais e europeus. A exemplo temos o Código de Hamurabi que prevaleceu de 1728 a 1686 a.C que previa muitas vezes punições extremamente severas e cruéis para crianças, como extração de dentes, língua e mãos. A história antiga mostra o triste cenário da convivência das crianças com os seus pais que também eram os seus opressores e agressores permanentes.

Analisando a história do Brasil podemos observar a evolução no tratamento das crianças e destacar alguns marcos muito importantes para a evolução dos direitos infantis no país.

2.1 BRASIL COLONIAL

No Brasil Colônia não havia qualquer proteção destinada à criança e ao adolescente. Nesse período, meninas órfãs eram trazidas de Portugal para casarem-se com os súditos da Coroa residentes no Brasil. “Nas embarcações, além de obrigadas a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos”, eram deixadas de lado em caso de naufrágio”⁷

As crianças, chamadas de “grumetes”⁸, eram submetidas desde cedo a atividades penosas, insalubres e perigosas, por isso, tinham expectativa de vida muito baixa.

Nesse período também se destaca a questão do abandono infantil, que a priori ficou sob a responsabilidade das municipalidades, que não desenvolveram nenhuma ação efetiva. Diante dessa situação, em 1726, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia criou na Bahia a primeira "Roda dos Expostos", também conhecida por "Roda dos Rejeitados". A medida foi regulamentada em lei e se tornou a principal forma de assistência infantil nos séculos 18 e 19.

As Rodas dos Expostos foram se multiplicando e acolhendo crianças até meados do século XIX, quando se iniciou uma campanha pela extinção das rodas, por iniciativa de médicos higienistas, que passaram a revelar os diversos casos de mortalidade que aconteciam nessas instituições de acolhimento às crianças abandonadas.

Igualmente à escravidão, as rodas de expostos foram tardiamente abolida no Brasil. Elas foram abolidas formalmente em 1927, porém, por exemplo, ela funcionou até a década de 90 no estado de Santa Catarina.

⁷ BARROS, Nívea Valença. Op. Cit., p. 74.

⁸ Eram crianças portuguesas que vieram ao Brasil no início da colonização, em condições subumanas e sujeitos a todos os perigos de uma aventura marítima da época. A maior parte dos grumetes, que cruzava os mares em direção à Colônia, vinha de famílias pobres que moravam nos arredores de Lisboa. Um ou outro era órfão ou fora arrancado de uma família de pedintes.

2.2 BRASIL IMPERIAL

De acordo com Maurício de Jesus, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 não faz qualquer menção referente à proteção ou garantia às crianças e aos adolescentes, o seu principal objetivo era a centralização administrativa, apesar de haver ensejo aos direitos sociais. Mas apesar dessa condição, é possível encontrar nas Decisões do Império mulheres reivindicando a liberdade de seus filhos e a devolução de meninos e meninas subtraídos pelas Rodas dos Expostos (CUSTÓDIO: 2009, p. 14).

Entretanto, vale destacar nesse período a doutrina penal do menor que surgiu no Código Criminal de 1830. Esse ordenamento, preocupou-se com crianças e adolescentes marginalizados, denominados de “menores”. Geralmente escravos, de classe baixa e pobres, esses infantes eram tratados pela lógica de que quanto mais pobres, mais delinquentes, sendo assim alvos do controle policial, recolhidos e utilizados para o trabalho forçado de acarretar riquezas para o país. (PAGANINI J, 2011)

Assim a abolição da escravidão em 1888, não significou o fim da exploração do trabalho infantil, pelo contrário estimulou ainda mais o trabalho infantil, pois esse seria uma maneira de controle e reprodução social de classes. (PAGANINI J, 2011)

2.3 SÉCULO XX: BRASIL REPÚBLICA

Até o final do século XIX [...], a criança foi vista como um instrumento de poder e de domínio exclusivo da Igreja. Somente no início do século XX, a medicina, a psiquiatria, o direito e a pedagogia contribuem para a formação de uma nova mentalidade de atendimento à criança, abrindo espaços para uma concepção de reeducação, baseada não somente nas concepções religiosas, mas também científicas.⁹

Com a proclamação da República em 1889 e em virtude da abolição da escravidão várias crianças pobres, passaram a circular pelas ruas das cidades, em busca de sobrevivência, o que passou a perturbar as elites locais. (CUSTÓDIO, 2009, p. 14).

Em 1890 cria-se o Código Criminal da República para conter o aumento da violência urbana e também surge para reprimir a infância pobre brasileira. A responsabilização penal passa a considerar a Teoria do Discernimento. Assim, crianças entre 9 e 14 anos são avaliadas psicologicamente e penalizadas de acordo com o seu "discernimento" sobre o delito cometido. Em 1902 foi criado o Instituto Disciplinar para crianças consideradas como “menores delinquentes”. Por meio dessa nova estrutura institucional é que se passou a estabelecer os direitos infantojuvenis entre os séculos XIX-XX.

A lei nº 4.242/1921 tratou da assistência e proteção de "menores abandonados" e "menores delinquentes", sendo regulamentada posteriormente em 1923 pelo decreto nº 16.272.

⁹ BARROS, Nívea Valença. Op. Cit., p. 74.

Aqueles jovens autores ou cúmplices de crime ou contravenção, considerados "menores delinquentes", tornaram-se imputáveis até os 14 anos, não valendo mais a Teoria do Discernimento de 1890.

Em 1926 o caso Bernardino¹⁰ ganha repercussão e mobiliza debates sobre locais específicos para destinar crianças que cumpram algum tipo de pena. Pouco tempo depois surge o primeiro Código de Menores do Brasil, também conhecido como Código Mello Mattos (nome do primeiro juiz de Menores do Brasil e da América Latina), que representou avanços na proteção das crianças. A lei proibiu a "Roda dos Expostos" e tornou os jovens imputáveis até os 18 anos.

Esse Código estabelecia critérios para identificação de menores em situação irregular (art. 2º, decreto nº 5.083/1926).

O Código de Menores foi à primeira lei de forma oficial no Brasil, que tratava da criança e do adolescente, ficando marcado pela arbitrariedade do juiz de menores que expôs sua praxe intervencionista, criando a chamada doutrina da Situação Irregular. (LEMONS; MAGALHÃES; SILVA: 2011, p. 21)

A autora Veronese (1999, p. 27-28), distingue essa legislação desse modo:

O Código de Menores veio alterar e substituir concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, penalidade, responsabilidade, pátrio poder, passando a assumir a assistência ao menor de idade, sob a perspectiva educacional. Abandonou-se a postura anterior de reprimir e punir e passou-se a priorizar, como questão básica, o regenerar e educar

O Código de Menores era endereçado não a todas as crianças, mas apenas àquelas tidas como estando em "situação irregular". O Código de Menores visava estabelecer diretrizes claras para o trato da infância e juventude excluídas, regulamentando questões como trabalho infantil, tutela e pátrio poder, delinqüência e liberdade vigiada. O Código de Menores revestia a figura do juiz de grande poder, sendo que o destino de muitas crianças e adolescentes ficavam à mercê do julgamento e da ética do juiz.

2.3.1 Estado Novo - 1945 a 1964

Em 1942, período considerado especialmente autoritário do Estado Novo, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor - SAM. Tratava-se de um órgão do Ministério da Justiça e que funcionava como um equivalente do sistema Penitenciário para a população menor de idade. Sua orientação era correcional-repressiva. O sistema previa atendimento diferente para o adolescente autor de ato infracional e para o menor carente e abandonado.

¹⁰ O engraxate Bernadino, de 12 anos, foi preso ao jogar tinta em uma pessoa que saiu sem pagar pelo serviço. Colocado em uma prisão junto a 20 adultos, o menino negro foi violentado de várias formas e jogado na rua.

Além do SAM, algumas entidades federais de atenção à criança e ao adolescente foram criadas:

- Legião Brasileira de Assistência (LBA) - agência nacional de assistência social criada por Dona Darcy Vargas, primeira dama, a instituição era voltada primeiramente ao atendimento de crianças órfãs da guerra. Mais tarde expandiu seu atendimento.
- Casa do Pequeno Jornaleiro: programa de apoio a jovens de baixa renda baseado no trabalho informal e no apoio assistencial e sócio-educativo.
- Casa do Pequeno Lavrador: programa de assistência e aprendizagem rural para crianças e adolescentes filhos de camponeses.
- Casa do Pequeno trabalhador: Programa de capacitação e encaminhamento ao trabalho de crianças e adolescentes urbanos de baixa renda.
- Casa das Meninas: programa de apoio assistencial e sócio-educativo a adolescentes do sexo feminino com problemas de conduta.

2.3.2 Redemocratização

Em 1950, foi instalado o primeiro escritório do UNICEF no Brasil, em João Pessoa, na Paraíba. O primeiro projeto realizado no Brasil destinou-se às iniciativas de proteção à saúde da criança e da gestante em alguns estados do nordeste do país.

O SAM passa a ser considerado, perante a opinião pública, repressivo, desumanizante e conhecido como "universidade do crime".

2.3.3 Regime Militar - 1964 a 1979

O período dos governos militares foi pautado, para a área da infância, por dois documentos significativos e indicadores da visão vigente: A Lei que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei 4.513 de 1/12/64) e o Código de Menores de 79 (Lei 6697 de 10/10/79).

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor tinha como objetivo formular e implantar a Política Nacional do Bem Estar do Menor, herdando do SAM prédio e pessoal e, com isso, toda a sua cultura organizacional. A FUNABEM propunha-se a ser a grande instituição de assistência à infância, cuja linha de ação tinha na internação, tanto dos abandonados e carentes como dos infratores, seu principal foco.

O Código de Menores de 1979 constituiu-se em uma revisão do Código de Menores de 27, não rompendo, no entanto, com sua linha principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil. Esta lei introduziu o conceito de "menor em situação irregular", que reunia o conjunto de meninos e meninas que estavam dentro do que

alguns autores denominam infância em "perigo" e infância "perigosa". Esta população era colocada como objeto potencial da administração da Justiça de Menores. É interessante que o termo "autoridade judiciária" aparece no Código de Menores de 1979 e na Lei da Fundação do Bem Estar do Menor, respectivamente, 75 e 81 vezes, conferindo a esta figura poderes ilimitados quanto ao tratamento e destino desta população.

A partir de meados da década de 70, começou a surgir, por parte de alguns pesquisadores acadêmicos, interesse em se estudar a população em situação de risco, especificamente a situação da criança de rua e o chamado delinqüente juvenil.

A importância destes trabalhos é grande pois levaram a problemática da infância e adolescência para dentro dos muros da universidade, em plena ditadura militar, apresentando-se como uma forma de colocar em discussão políticas públicas e direitos humanos.

2.3.4 Décadas de 80 e 90

Para os movimentos sociais pela infância brasileira, a década de 80 representou também importantes e decisivas conquistas. A organização dos grupos em torno do tema da infância era basicamente de dois tipos: os minoristas e os estatutistas. Os primeiros defendiam a manutenção do Código de Menores, que se propunha a regulamentar a situação das crianças e adolescentes que estivessem em situação irregular (Doutrina da Situação Irregular). Já os estatutistas defendiam uma grande mudança no código, instituindo novos e amplos direitos às crianças e aos adolescentes, que passariam a ser sujeitos de direitos e a contar com uma Política de Proteção Integral. O grupo dos estatutistas era articulado, tendo representação e capacidade de atuação importantes.

Muitas das entidades vindas dos movimentos da sociedade civil surgiram em meados da década de 80 e tiveram uma participação fundamental na construção deste arcabouço legal que temos hoje. Como exemplos, destaca-se o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), que surgiu em 1985 e a Pastoral da Criança, criada em 1983. Era o início da substituição do Direito do Menor pelo Direito da Criança e do Adolescente, e conseqüentemente, na substituição correspondente da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral.

Formada em 1987, a Assembléia Nacional Constituinte, presidida pelo deputado Ulysses Guimarães, era composta por 559 congressistas e durou 18 meses. Em 5 de outubro de 1988, foi então promulgada a Constituição Brasileira, marcada por grandes avanços na área social. Na Assembléia Constituinte organizou-se um grupo de trabalho comprometido com o tema da criança e do adolescente, cujo resultado concretizou-se no artigo 227, que introduz conteúdo e enfoque próprios da Doutrina de Proteção Integral da Organização das Nações

Unidas, trazendo os avanços da normativa internacional para a população infanto-juvenil brasileira. Assim, foram lançadas as bases do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A promulgação do ECA (Lei 8.069/90) consolidou uma grande conquista da sociedade brasileira: a produção de um documento de direitos humanos que contempla o que há de mais avançado na normativa internacional em respeito aos direitos da população infanto-juvenil.

No entanto, a implementação integral do ECA ainda representa um desafio para todos aqueles envolvidos e comprometidos com a garantia dos direitos da população infantojuvenil. Com isto, há ainda um longo caminho a ser percorrido antes que se atinja um estado de garantia plena de direitos com instituições sólidas e mecanismos operantes. No entanto, pode-se dizer com tranqüilidade que avanços importantes vêm ocorrendo nos últimos anos, e que isto tem um valor ainda mais significativo se contextualizado a partir da própria história brasileira, uma história atravessada mais pelo autoritarismo que pelo fortalecimento de instituições democráticas.

3. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico para o povo brasileiro. Pautada nas garantias fundamentais, é extremamente democrática, assim, deve o Estado prezar por uma sociedade pluralista, livre, justa, solidária e participativa.¹¹

Os direitos fundamentais são imprescindíveis para a evolução democrática brasileira e devem ser resguardados aos seus titulares, pode-se afirmar que são duplamente garantidos constitucionalmente, tanto em textos da Lei Maior, quanto em relação aos tratados internacionais que visam estabelecer o respeito aos direitos humanos. Ressalta-se o Brasil é subscritor da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, que entrou em vigor no Brasil em 23 de outubro de 1990, o tratado visa incentivar o Estado-parte a desenvolver medidas assistencialistas de apoio à família para a promoção do desenvolvimento sadio, possuindo como base o princípio da dignidade humana, e estabelecer preceitos de proteção a vida das crianças.¹²

É, nesse viés, que os direitos das crianças e adolescentes sempre devem ser respeitados pela sociedade, Estado e família, dado que possuem a mesma hierarquia constitucional que o restante dos fundamentos transcritos no 5º artigo. A hierarquia constitucional é evidente pelo texto do artigo 227, que elenca os direitos das crianças e adolescentes e os declara sujeitos de direito de absoluta prioridade. Dessa forma, as crianças e adolescentes passam de simples

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p.118.

¹² PEREIRA, Tânia da Silva e MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988. Rio de Janeiro, revista EMERJ, 2003, p.257.

objetos de intervenção do mundo adulto para titulares de direitos comuns a todos os cidadãos, além de direitos especiais decorrentes da condição de pessoa em processo de desenvolvimento.¹³

Outrossim, o Artigo 228 da Constituição institui como cláusula pétrea a inimputabilidade penal do adolescente, que em palavras de Saraiva, 2013, “significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento”¹⁴. Dessa forma, a penalidade decorrente de atos infracionais cometidos por adolescentes deve estar transcrita em lei especial.

Através da Constituição Cidadã e da Assembleia Geral das Nações Unidas, as crianças e adolescentes passam a gozar de proteção integral, além da absoluta prioridade. A proteção integral garante diversos benefícios para o desenvolvimento sadio da criança, como igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é fruto primordial do princípio da proteção especial, criado no dia 13 de julho de 1990, decorrente do projeto de lei do Senado Federal nº 193/1989, o Estatuto possui como autor o ex-senador Ronan Tito.¹⁵ O ECA foi criado em um período extremamente democrático, como afirma o próprio autor, possuindo um caráter social gigantesco.¹⁶

O Estatuto visa proteger aqueles que são invisibilizados no país, esquecidos pelo Estado e pela sociedade. Nesse contexto, o ECA detalha o que é garantido pela Constituição Federal, promovendo a inclusão das crianças e dos adolescentes, abandonando a penalização imposta por leis anteriores, através de garantias e direitos bem definidos. Ao abordar a prevenção, torna-se claro no texto legislativo que a união entre órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública com o Conselho Tutelar e com o Conselho das Crianças e Adolescentes, além do contato com ONGs (Organizações Não Governamentais) é essencial para coibir o tratamento cruel e degradante destinado às crianças e aos adolescentes. A medida visa coibir o uso de violência na educação de crianças e adolescentes, com a utilização de políticas públicas intersetoriais obrigatórias.¹⁷

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas

¹³ CURRY, GARRIDO, MARÇURA. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.21.

¹⁴ SARAIVA, João Batista. Política Criminal e o Direito Penal de Adolescentes. Revista Brasileira de Adolescência e Conflitualidade, 2013, p.8.

¹⁵ Senado Federal, Secretaria-Geral da Mesa, Projeto de Lei do Senado nº193/1989.

¹⁶ TITO, Ronan. Entrevista concedida à jornalista Renata Soares, UOL. 2015, Uberlândia, Minas Gerais.

¹⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente, título 3, artigo 70, inciso I, II e III. Incisos incluídos pela lei 13.010 de 2014.

a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações: I - a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos; II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

A integração operacional deve ser utilizada, assim, para otimizar a intervenção estatal que seja necessária, promovendo maior efetividade e agilidade ao atendimento, atuando tanto na prevenção quanto na inserção de medidas cabíveis em casos de violação de direitos.

Em constante evolução, o ECA é atualizado para aproximar-se cada vez mais da completa proteção especial e efetivar o exercício dos direitos e da cidadania plena aos destinatários da lei. Uma inovação deveras importante, presente no Estatuto, é o reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, como expõe o terceiro artigo da lei:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros, meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹⁸

Como sujeitos de direito, as crianças e adolescentes passam a ser cidadãos, usufruindo e exercendo seus direitos e deveres com protagonismo. Assim, passam a ser membros ativos de processos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece regulamentação essencial para que a vida das pessoas até 18 anos seja mais digna. A inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 39, que tece sobre a adoção, é uma evolução importante, visto que estabelece que os interesses do adotado devem ser priorizados, mesmo que entrem em conflito com os interesses dos pais biológicos. O parágrafo foi adicionado recentemente, em 2017, através da lei nº 13.509 e diz que “Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.”¹⁹

A inclusão do parágrafo é deveras importante, pois mostra que as pessoas até 18 anos são responsáveis por escolhas que irão ditar seu futuro, exercendo efetivamente o papel de sujeitos de direito, prescrito na Lei Especial desde 1990.

Ademais, aos adolescentes que por ventura sejam praticantes de atos infracionais, crime ou contravenção penal, são asseguradas garantias processuais essenciais. O direito ao devido

¹⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990.

¹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente, Artigo 39, 3º parágrafo, 2017.

processo legal, ao acompanhamento judicial gratuito e integral, a defesa técnica por advogado e igualdade na relação processual são inovações históricas para o direito infanto-juvenil brasileiro. O cumprimento de penas socioeducativas é outra essencial mudança no campo legislativo brasileiro.

As medidas socioeducativas são essenciais para a reinserção das pessoas até 18 anos na sociedade, o uso de penas privativas de liberdade devem ser a *ultima ratio* do processo. A institucionalização infanto-juvenil deve ser evitada pelo caráter danoso que possui, em palavras de Cesare Beccaria²⁰:

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

Considera-se que penalidade aplicada aos atos infracionais deve possuir caráter socioeducativo, considerando a incompleta formação social, física e psicológica e não devem possuir função meramente punitiva.

Decerto, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o principal norteador normativo para os direitos e garantias infanto-juvenis. A Lei explicita o tratamento que deve ser utilizado em situações de risco à vida das pessoas até 18 anos, além de ditar o tratamento destinado ao adolescente que seja responsabilizado por ato infracional. Outrossim, estabelece como devem agir os órgãos públicos ao atender famílias, crianças e adolescentes, promovendo maior efetividade e rapidez ao acesso à justiça.

4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A SOCIEDADE

Ao que tange o surgimento da Defensoria Pública, sabe-se que a assistência jurídica integral e gratuita se encontra assegurada pelo artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal (CF) de 1988, sendo este um direito fundamental anunciado aos ecumênicos brasileiros ou estrangeiros vigentes nesse país. Outrossim, esse documento afirma, de acordo com o seu artigo 134, que a instituição em questão consiste numa deliberação:

Permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados. (CF, 1988)

Assim sendo, esse órgão visa atender a quaisquer cidadãos que se encontram tolhidos de adquirir apoio jurídico através de um advogado particular, bem como não detém capital suficiente para arcar com os dispêndios legais de seus casos. Então, ao que diz respeito a escrita

²⁰ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Itália, 1764, p. 29.

acima, “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, como ficou estabelecido no parágrafo único do artigo 2.º, Lei n.º 1.060/50. Portanto, a defensoria procura abranger não somente os menos abastados, mas, também, aqueles que se encontram impossibilitados de arcar com as despesas processuais que lhes confere, além de conferir uma forte atuação nas demandas coletivas.

Dessa maneira, pode-se atestar que não há uma restrição efetiva que impeça a assistência daqueles que procuram a Defensoria, porém é estimado ressaltar que cada Instituição de Estado tem sua autonomia atestada pela destinação constitucional por ela apresentada. Perante a emenda constitucional n.º 45/04, art. 134, § 2º, “às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”. Em consequência disso, cada localidade tem uma requisição legislativa que rege o andamento dos processos de vigor consoante as demandas da sua população.

A exemplo dessa singularidade jurídica, tem-se a Resolução CSDP/BA N° 003 da Defensoria Pública Estadual (DPE) da Bahia (agosto, 2020), que no seu artigo 5º proclama que:

Presume-se absolutamente a hipossuficiência financeira da pessoa física quando, cumulativamente:

I - a renda mensal líquida individual for de até 3 (três) salários mínimos ou a renda mensal líquida da entidade familiar for de até 5 (cinco) salários mínimos;

II - não seja proprietária, possuidora ou titular de direito sobre aplicações financeiras ou investimentos de valor superior a 20 (vinte) salários mínimos;

III - não possua participação societária em pessoa jurídica de porte incompatível com a alegada hipossuficiência financeira, salvo em situações em que a demanda vise questionar a existência e/ou validade da própria sociedade, ou a retirada da mesma. (RESOLUÇÃO CSDP/BA N° 003, 2020)

Posto isso, é sabido que a intenção preambular desta instituição se fundamenta na assistência dos menos privilegiados por intermédio da ação de um defensor público, cujo objetivo majoritário existente corresponde a prestação de seus serviços para pessoas físicas ou jurídicas que permeiam a invisibilidade social, buscando assim a equiparidade jurídica prevista na Constituição Cidadã vigente. Por conseguinte, diante do artigo 3º, I, deste aparato legislativo, “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”, sendo sustentado, do mesmo modo, pelo LV, do art. 5º, o qual garante que os “litigantes, em processo judicial ou administrativo”, tal como os acusados, em geral, tenham ampla defesa, endossando os meios e recursos a ela inerentes. (CF, 1988)

Dessarte esses direitos atestados constitucionalmente, fala-se do Princípio Processual da Paridade das Armas previsto no Código de Processo Civil (CPC), 2015, o qual no seu artigo 7º atesta às partes que a “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à execução de sanções processuais,

competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Entretanto, tendo em vista os preceitos históricos da Defensoria Pública, se torna perceptível que, apesar da tentativa de defender os hipossuficientes, prestando orientação jurídica gratuita para eles, há uma subversão de parte da comunidade brasileira que impossibilita a aplicação da justiça de feição hegemônica para todos os cidadãos que aqui habitam.

Nesse mesmo sentido, pode-se fazer uma comparação com o modo de atuação do Ministério Público (MP), órgão criado com o objetivo de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis. Com o intuito de validar a manutenção da ordem jurídica no Estado e a fiscalização do poder público em várias esferas, o MP se encontra implantado em todas as comarcas do país, diferentemente do que acontece com a DP. Assim sendo, criou-se uma Emenda Constitucional (EMC) 80/14 que impõe a existência de defensores públicos em todas as regiões do país até o ano de 2022, visando alterar a realidade brasileira, cuja apenas 42% das comarcas deste país têm defensorias federais em atividade, segundo dados da Defensoria Pública da União. (VITAL, 2017)

Citando as elucidações de Kai Ambos, “segundo a concepção moderna, a igualdade de armas exige que as partes possam apresentar o caso sob condições que não impliquem nenhuma posição desvantajosa a respeito da parte contrária”. Em semelhança, ratifica-se que a Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, atuando como agente precursor da promoção ao acesso à justiça, por meio do reconhecimento dos grupos sociais vulneráveis. (ANNONI, 2018)

Ao que discerne a proteção jurídica especial das parcelas às margens econômicas do Brasil, se faz necessário afirmar que, mesmo levando em conta a política de proteção instituída em prol dos mais vulneráveis desse Estado, os sujeitos subalternos não ascendem à condição de indivíduo porque não têm condições de viver de maneira autônoma, segundo as palavras de Adilson Moreira. Em vista disso, para incorporar a Defensoria Pública nesse estudo, se faz imprescindível internalizar a diferença de hipossuficiência e vulnerabilidade.

A hipossuficiência, como visto acima está vinculada aos parâmetros econômicos que tange o povo desse país, por isso Luz (1999) atesta que para fins jurídicos o hipossuficiente seria uma “pessoa de escassos recursos econômicos, de pobreza constatada, que deve ser auxiliada pelo Estado, incluindo a assistência jurídica”. No entanto, de maneira análoga, a expressão vulnerável, conforme as ideias de Benoît Eyraud e Pierre Vidal-Naquet, designa tanto “aqueles que se encontram feridos como aqueles que correm o risco de se ferirem”.

Nesse sentido, é cabível emergir o artigo 3º da Resolução CSDP/BA Nº 003 (2020), o qual busca salientar que “todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela das pessoas em situação de vulnerabilidade” são consideradas admissíveis pela DPE.

Prosseguindo, no inciso 1º, I, dessa mesma norma jurídica, se encontra validada a ideia de que crianças e adolescentes são consideradas pessoas em situação de vulnerabilidade, independentemente do critério de hipossuficiência financeira.

Ademais, evidencia-se no decorrer da lei complementar nº 26 (junho, 2006), artigo 7º, XV, que são funções da Defensoria Pública exercer a defesa e orientação jurídica da criança, do adolescente, do idoso e de pessoas portadoras de necessidades especiais, podendo essa até mesmo ser exercida por artifício da Defensoria Pública Especializada na Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, como condizente no artigo 61, II, desta mesma lei. Para além disso, essas funções foram promulgadas constitucionalmente através do artigo 4º, inciso XI, da LC 80/94, assegurando, também, que pessoas portadoras de vulnerabilidade sejam amparadas pela Defensoria Pública por meio da defesa dos interesses individuais e coletivos deste, como é estabelecido na Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009.

Repercutindo sobre a relação da Defensoria com o Estatuto da Criança e do Adolescente, é de ordem sumária entender que antes dos anos 1990, dentre os vinte e sete (27) estados existentes no Brasil, apenas sete possuíam DPE. Desta forma, vale ressaltar que dez dos estados restantes implementaram essa instituição dessa mesma década, enquanto outros oito estados, somente, criariam as suas Defensorias Públicas nos anos 2000, ficando o Paraná e Santa Catarina sem Defensoria até os anos de 2011 e 2012, respectivamente. Outrossim, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal teve a necessidade de tomar uma decisão que impusesse a criação desse órgão em Santa Catarina, postulando o prazo de um ano para a substituição do modelo de convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, pelo modelo previsto na Constituição Federal.

Gráfico 01: Cronologia da Criação das Defensorias Públicas no Brasil



Fonte: III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil/ MJ e Leis Orgânicas das Defensorias Públicas de Goiás, Paraná e Santa Catarina.

Haja vista as palavras de João Baptista Herkenhoff (1997), “a par da reforma de códigos e leis, é indispensável reformar a estrutura judiciária: seu pessoal, sua dinâmica, suas bases materiais, suas praxes obsoletas”. Nesse parâmetro, o Código de Menores, documento

enraizado em preconceitos institucionais, deixou de ser usado para se iniciar um discurso direto com a Constituição Federal mediante os artigos 227 e 228 dessa compilação legislativa, como já foi citado a priori. Essas leis vigentes compadecem ao intuito de enfatizar a obrigação que o Estado tem para com as crianças, os adolescente e os jovem que aqui habitam. Então, sabendo que os tradicionais empecilhos empregados pela sociedade brasileira inviabilizam o processo de conscientização estatutária, não se torna efetiva a aplicação dessas normas.

Destarte, para que um melhor acolhimento fosse apresentado para aqueles vistos como vulneráveis pela DP, fez-se imprescindível a separação entre a área cível e a área infracional. A área cível tem como base o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual preceitua quando as medidas de proteção devem ser aplicadas em prol da segurança deles, buscando barrar a ameaça ou violação como indicados nos incisos abaixo:

- I. “Por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II. Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III. Em razão de sua conduta.”

Em outros termos, a área cível atua em favor da criança que se encontra em situação de risco, o que de acordo com a DP caracteriza situação de maus-tratos, violência, exploração ou abuso sexual, situação de abandono/situação de rua ou em programa de acolhimento institucional. No mesmo contexto, realiza com igualdade o acolhimento institucional transversal à defesa dos genitores da criança, ou atua na condição de Curador desta.

Em outro âmbito, a área infracional se sustenta na Lei da Sinase, representação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, e rege o regulamento de execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratica um ato infracional. Nessa situação, pode-se dizer que a seara infracional age em paridade com a área penalista do direito, entretanto opera a partir da inimputável exercida por essa parte da população, não respondendo por crime e, sim, por ato infracional símil a ele.

Isso posto, é importante lembrar que um adolescente (cidadão entre 12 e 18 anos incompletos) não pode ser suplantado ao sistema do Código Penal Brasil. Portanto, o ECA se responsabiliza por proteger integralmente esses menores, apresentando medidas sócio-educativas que permeiam a imposição de uma repreensão social para os considerados infratores. Segundo o artigo 172 deste estatuto, “o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente”, por conseguinte o púbere será julgado na Vara da Infância e Juventude em até 45 dias, podendo sofrer advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, regime de semiliberdade ou internação, sendo esta última a mais desumana, por se assemelhar a penas adquiridas por adultos em privação de liberdade.

Ao que se está estabelecido, o intitulado "delinquente" responde a um processo com assistência jurídica de um advogado, o qual de acordo com os dados da Defensoria Pública de Fortaleza, 90% dos processos em trâmite na Vara dizem respeito à atuação direta ou indireta da Defensoria Pública (2018), retomando ao fato de que menor independe da comprovação de renda para receber atendimento. Dessa forma, utilizando o relatório da DPE da Bahia traça-se o perfil dos abrigados pelas Comunidades de Atendimento Socioeducativo (CASES) de Salvador:

Em relação ao núcleo familiar, 46% dos adolescentes da CASE masculina moravam com a mãe e os irmãos e 28,6% das adolescentes da CASE feminina já estavam morando com companheiro ou companheira. (...) Em relação à cor, 96,6% dos meninos e 96,4% das meninas se autodeclararam negros e negras. Relacionado à cidade de origem, 51,6% dos 159 da CASE masculina e 75% das 28 da CASE feminina são do interior do Estado. (...) Sobre a educação, o relatório aponta que 87,8% dos meninos e 70,4% das meninas não completaram o ensino fundamental ou são apenas alfabetizados ou estão em alfabetização. Além disso, 71,8% dos adolescentes não estavam matriculados na escola quando foram apreendidos, enquanto que o número de meninas na mesma situação foi de 65,4%. (...) O fato de estarem exercendo atividade profissional também chamou a atenção: 66,7% dos 159 da CASE Masculina e 15,4% das 28 da CASE Feminina exerciam atividade profissional na época da apreensão. (DPE/BA, 2020)

Analisando esse contexto, torna-se perceptível que mesmo com todo o aparato legislativo, ao decorrer do histórico brasileiro, o perfil daquele que sofre repressão jurídica continua a mesma, sendo a cor um fator que determina todos os demais critérios do senso acima. Portanto, como diria Abdias do Nascimento (2016, p. 79), “a abolição exonerou de responsabilidades os senhores, o Estado e a Igreja. Tudo cessou, extinguindo-se todo o humanismo, qualquer gesto de solidariedade ou de justiça social”, situação essa que é reafirmada por Moreira (2017), que em sua obra *Pensando Como Um Negro: Ensaio De Hermenêutica Jurídica* sustenta a ideia de que “suas instituições foram fundadas sobre a opressão negra, seus órgãos políticos permitem a continuidade da opressão negra e sua ideologia colabora com a continuidade da exclusão racial”.

Decorrente dessa ignóbil realidade, a Defensoria Pública deveria servir como uma assessoria educacional do meio jurídico, exaurindo a ideologia judicial na realidade de todos os cidadãos desse país. Assim sendo, ao que se diz o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, a educação é um direito humano em si mesmo considerado um meio indispensável para o acesso a outros direitos fundamentais. Então, para que essa instituição consiga pôr em prática a sua essência de garantir acesso a uma ordem jurídica justa às pessoas em situação de vulnerabilidade, ela deve pregar a orientação jurídica como pilar determinante para retroagir as injustiças governamentais.

No entanto, na cartilha de comemoração de trinta anos da Defensoria Pública do Estado da Bahia afirmava-se que havia um déficit na quantidade de defensores prevista em lei e

proporcionalidade ao contingente populacional. Dessa maneira, não se pode esperar que um órgão seja responsável por uma grande mudança de maneira efetiva, sem que haja um investimento pertinente para a sua atuação. Para além dessas afirmações, é de suma importância entender que a real intenção do sistema que vem regendo esse Estado ao decorrer desses longos anos não é sanar todas as mazelas intrínsecas na parcela mais vulnerável da população, mas busca-se, sim, reafirmar a opressão instaurada por uma pequena alíquota detentora dos privilégios sociais.

Tão logo, como bem disse Igor Roque, ex-presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais - Anadef (2019), “o Poder Executivo quer matar a Defensoria por inanição”, sendo o maior exemplo disso o iminente fechamento de 43 das 70 defensorias públicas federais no país. Concomitantemente, é visível que esse poder enxerga a DPU como uma despesa, pois uma vez que um direito não é reconhecido pelo poder público, essa instituição deve ingressar com uma ação, fazendo com que a Justiça obrigue o Executivo a cumprir aquela garantia prevista por lei. Desse modo, se faz esquecida a emblemática expressão jurídica “*ubi societas, ibi jus*”, implantando o entendimento de que não existe sociedade sem direitos.

Por fim, é inegável que a teoria da Defensoria Pública é uma das maiores conquistas existentes na história do Brasil, entretanto a realidade que aflige os vulneráveis e/ou hipossuficientes discerne a desigualdade cruel que persiste na vida dos mais desamparados juridicamente nesse país. Dependendo da ação de um órgão público nesse Estado é lidar com a falta de sensibilidade necessária para se fazer uma mudança factual nas extremidades dos alicerces dessa sociedade. Portanto, busca-se a autonomia legislativa por meio da educação, diminuindo a dependência efetiva de um governo que provém do incansável descaso institucional com aqueles julgados como inferiores.

5. DECISÕES

Diante do exposto, cabe aqui destacar alguns julgados que notavelmente expõem a importância da atuação da Defensoria Pública para assegurar os direitos das crianças e adolescentes.

Em março de 2020 a 6ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, decidiu acatar o pedido da Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA) referente ao fornecimento de alimentação aos alunos da rede estadual de ensino público que tiveram suas aulas suspensas devido a pandemia do coronavírus. Nesse sentido ficou decidido no processo nº 8031870-11.2020.8.05.0001²¹ - Ação Civil Pública onde o Estado da Bahia era a parte ré, o seguinte:

²¹ Fonte: Consulta processual PJe - Processo Judicial Eletrônico

providencie o fornecimento da alimentação a todos os alunos da rede pública estadual, que tiveram as aulas suspensas (...) independente de as famílias serem beneficiárias de programas de transferência de renda e estarem em determinados cadastros, seja pelo repasse de verba, seja pela oferta de cestas básicas/kit alimentação, ou ainda, da forma mais conveniente para a Administração Pública, desde que não gere ônus para as famílias

Outro julgado que merece destaque é o processo nº 0581635-69.2016.8.05.0001²², que também cuida-se de Ação Civil Pública, com pedido liminar, aforada pela DPE/BA, em desfavor do Estado da Bahia. A Ação objetivava assegurar a contratação de profissionais, em número suficiente, para a garantir a continuidade e atendimento integral do programa denominado: VIVER - Serviço de Atenção a Pessoas em Situação de Violência Sexual. Vale ressaltar que mais de 80% da população atendida pelo aludido programa estatal são jovens e adolescentes. Ao final, pesa na decisão que a omissão do poder público atenta a direito fundamental da criança e do adolescente, previstos na Constituição da República. Assim conclui, postulando os pedidos processuais de praxe, com o deferimento do pedido liminar, para determinar que o Réu promova a contratação de profissionais para atuarem no programa VIVER, nas unidades do IML e em Periperi.

Por fim, existe mais uma decisão a se considerar, o Ministério Público e a Defensoria Pública ajuizaram uma Ação Civil Pública em face do Estado da Bahia e da Fundação da Criança e do Adolescente (FUNDAC) defendendo em síntese que os adolescentes apreendidos na Delegacia do Adolescente Infrator, lá permanecem em condições sub humanas, sem acesso a higiene pessoal, em celas de contenção sujas, ambientes fétidos, além disso passando privações como sede, fome e frio. O processo nº 0562425-03.2014.8.05.0001²³ tramitou na 1ª Vara da Infância e Juventude da capital baiana e teve sua sentença publicada em setembro de 2015. Assim ficou exposto na argumentação da sentença o seguinte:

Observa-se, ainda, que o objetivo último da Constituição da República, de assegurar ao cidadão o direito à saúde, deve ser atendido de forma ampla – sobretudo quando se tratar de criança e adolescente em razão dos Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta vigente no ordenamento jurídico pátrio. Nessa seara é que se encontra o caso concreto trazido a análise, pois os adolescentes expostos que se encontram a situação sub humana que a condição atual da delegacia impõe, necessitam de meios e serviços que de fato atendam e contribuam com a preservação de suas vidas, da dignidade humana e saúde.

Diante desses e de tantos outros casos fica evidente a importância da atuação da Defensoria Pública no resguardo e reivindicação dos direitos das crianças e adolescentes, fazendo assim concretizar as importantes conquistas na seara jurídica e social desse público vulnerável.

²² Fonte: Consulta processual no e-SAJ do TJBA

²³ Fonte: Consulta processual no e-SAJ do TJBA

CONCLUSÃO

Ao ensejo da conclusão, foi-se possível fazer uma análise histórica sobre a forma de proteção instaurada no Brasil em prol das crianças e adolescentes desse país. Pelo que se sabe, anterior à promulgação da Constituição de 1988, o Código de Menores era o documento legal responsável pelo ordenamento dos menores de 18 anos que se encontravam em situação de vulnerabilidade social. Entretanto, a partir dessa vigência e da ampliação da preocupação com os direitos fundamentais dos brasileiros, colocou-se em prática o artigo 227 (CF/88), cujo acreditava que a prioridade deveria ser assegurar que a família, a sociedade e o Estado protegessem esses desamparados.

Foi validado nesse artigo, igualmente, que o Estatuto da Criança e do Adolescentes, bem como a Defensoria Pública, foram vitórias adquiridas, também, a partir da Constituição Cidadã, a qual surge visando a redemocratização do Estado após o fim do autoritarismo militar. Posto isso, ressalta-se que o ECA foi introduzido no meio legislativo como Lei Especial de número 8.069, sendo posta em prática na maioria das vezes através da DP, que foi instaurada através da esfera do capítulo IV (das Funções Essenciais à Justiça) da CF.

Então, analisando essa realidade, pode-se conferir que a Defensoria Pública tem como função efetivar que os direitos fundamentais descritos na Constituição Federal sejam postos em prática, deliberando a abrangência da justiça para todos, por esse ser um direito cidadão e um dever do Estado. Entretanto, ao analisar a realidade brasileira, se faz perceptível que a grande maioria dessa população não tem educação jurídica suficiente para se proteger contra as arbitrárias injustiças presente nesse cenário que lhes é habitado.

Na estrutura desse Estado se encontra enraizado a escolha preferencial por determinadas vítimas do sistema. Através de dados da própria DPE/BA ficou explícito que a justiça ainda tem cor e classe social, assim sendo o Poder Executivo questiona cada vez mais o aparato judicial previsto constitucionalmente por essa instituição. Isso posto, pode-se dizer que, sim, as medidas socioeducativas são imprescindíveis para proferir as noções morais previstas por lei, no entanto há a necessidade alavancar os critérios de igualdade previsto em Constituição, entendendo, ademais, que o uso de penas privativas de liberdade devem ser o *ultima ratio* do processo.

Por fim, se interpreta que a institucionalização infanto-juvenil carece ser evitada pelo caráter danoso que podem vir a ser adquiridos por esses vulneráveis, devendo concernir através da incumbência da DP a implantação da proteção jurídica efetiva dessa parte da sociedade. Desse modo, é de suma importância que o apoio do Estado ocorra de forma coesa e realista, se

fundamentando na intenção real de proteger aqueles que não possuem noções psicológicas palpáveis para endossar as suas escolhas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMADO, Guilherme. “Governo Quer Matar Defensoria Por Inanição”. Época, 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/guilherme-amado/governo-quer-matar-defensoria-por-inanicao-23804908>>. Acesso em: Novembro, 2020.

AMBOS, Kai. Direito penal internacional econômico. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2019.

ANDRADE, Andressa da Silva. Defensoria Pública: Instituição Democrática e Republicana Como Meio de Acesso à Justiça do Cidadão. 2013, Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

BARROS, Nívea Valença. Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social. 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense). Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Itália, 1764.

BORGE, Felipe. Defensoria Pública: Uma Breve História. Jus, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14699/defensoria-publica-uma-breve-historia>> Acesso em: dezembro, 2020.

BRASIL, Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Cit. p. 25.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 nov. 2020.

CARMO, Ingrid. Relatório com perfil e depoimentos de jovens que cumprem medida socioeducativa nas CASES de Salvador é lançado pela Defensoria. Defensoria Pública da Bahia, 2020. Disponível em: <<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/relatorio-com-perfil-e-depoimentos-de-jovens-que-cumprem-medida-socioeducativa-nas-cases-de-salvador-e-lancado-pela-defensoria/>>. Acesso em: Novembro, 2020.

CURRY, GARRIDO, MARÇURA. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da Criança e do Adolescente. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

Defensores públicos têm papel fundamental na proteção das crianças e jovens. Defensoria Geral Pública do Estado Do Ceará, 2018. Disponível em: <<http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensores-publicos-tem-papel-fundamental-na-protecao-das-criancas-e-jovens/>>. Acesso em: Novembro, 2020.

Direito Internacional Dos Refugiados E O Brasil / Coordenação Danielle Annoni – Curitiba: Gedai/UFPR, 2018. 759p. 1. Refugiados. 2. Direito Trabalhista. 3. Direito Previdenciário. 3. Acesso à Justiça. I. Annoni, Danielle (coord.). II. Título.

ECA - Linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes. Ministério Público do Estado do Paraná - MPPR. Portal EBC - Empresa Brasil de Comunicação - Cidadania . 2015 Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990.

EYRAUD, Benoît; VIDAL-NAQUET, Pierre. La vulnérabilité saisie par le droit. Revue Justice Actualités, 2013, p. 3-10. Disponível em : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00863118>> Acesso em: novembro, 2020.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. O Papel da Defensoria Pública em Face da Lacuna de Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente Gerada por Prática Baseada em Procedimento Jurídico Revogado. 2017, Rio Grande do Sul.

JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, 5a ed. Editora Juspodivm, BAHIA: Salvador, 2011.

LEMO; MAGALHÃES; SILVA. Atribuições do Conselho Tutelar: “Proteção Integral ou Vestígios da Doutrina da Situação Irregular?”. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Intertem as Social. ISSN 1983-4420. Vol. 6, No 6: 2011.

LUZ. Valdemar P. da. Manual do advogado. 13. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.

MACÊDO, Cleríston. 30 Anos - Defensoria Pública da Bahia. Defensoria Pública da Bahia, 2017. Disponível em: <http://defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/DPE_30_ANOS/DEFENSORIA%2030%20ANOS.pdf>. Acesso em: Dezembro, 2020.

MERELES, Marta. Ministério Público: o que faz?. Politize!, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/ministerio-publico/>>. Acesso em: Dezembro, 2020.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NASCIMENTO, Abdias do. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado - 3ª. ed. - São Paulo: Perspectivas, 2016.

PAGANINI, Juliana (PAGANINI J). A criança e o adolescente no Brasil: uma história de tragédia e sofrimento. Boletim Jurídico. 2011.

PAGANINI, Juliana. O trabalho infantil no Brasil: uma história de exploração e sofrimento. Amicus Curiae, v. 5, 2011. p. 2

PEREIRA, Tânia da Silva e MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988. Rio de Janeiro, revista EMERJ, 2003.

RAMOS, Fábio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. *Revista História*. São Paulo: Editora Abril Cultural, vol, XXIV, n. 137, dez., 1997.

SARAIVA, João Batista. Política Criminal e o Direito Penal de Adolescentes. *Revista Brasileira de Adolescência e Conflitualidade*, 2013.

Senado Federal, Secretaria-Geral da Mesa, Projeto de Lei do Senado no 193/1989.

SILVA FILHO, Sebastião Ferreira da. A Evolução do Direito da Infância e da Adolescência no Brasil. 2013. Cascavel, PARANÁ. Secretaria da Educação do Estado do Paraná..

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1997, p.118.

SILVA, Roberto. A Construção do Estatuto da Criança e do Adolescente. âmbito Jurídico. Disponível em: . Acesso em 20 de agosto de 2013.

TITO, Ronan. Entrevista concedida à jornalista Renata Soares, do UOL. 2015, Uberlândia, Minas Gerais.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e ratificada pelo Brasil.

VARALDA, Renato. Responsabilidades na Garantia dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. 2008. *Revista Consulex*, ed. 286.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

VITAL, Antônio. Emenda constitucional que determina defensorias públicas em todas as comarcas pode ficar no papel. Agência Câmara de Notícias, 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/529010-emenda-constitucional-que-determina-defensorias-publicas-em-todas-as-comarcas-pode-ficar-no-papel/#:~:text=Uma%20emenda%20constitucional%20>>. Acesso em: Novembro, 2020.

ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO ENQUANTO ATUANTE COMO PODER MODERADOR

*Girlan Dos Santos Ferreira
Larissa Alves Dos Santos
Luana Pereira Teixeira*

1. INTRODUÇÃO

Conceituado por Benjamin Constant como o “Poder Real”, o Poder Moderador dentro de uma Monarquia Constitucional funcionaria como poder absoluto munido de liberdade para interferir em assuntos referente ao Legislativo, Executivo e Judiciário caso estes apresentassem perigos ao funcionamento do governo.

O Poder Moderador se fez presente no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Imperial de 1824, que marca a divisão entre os Poderes do Estado, como proposta do Imperador Dom. Pedro I que o definiu como “a chave de toda a organização política”.

Por definição, o Poder Moderador, segundo Constant é um “poder neutro e soberano” e o único capaz de garantir os direitos fundamentais e políticos dos cidadãos. Posto isto, vêm-nos a memória a figura do Ministério Público, órgão público oficialmente instituído no Brasil através da Constituição Federal de 1988. Por norma constitucional, o Ministério Público possui autonomia sendo instituição não vinculada a nenhum dos Poderes que atente as Funções Essenciais à Justiça e deve zelar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Sendo assim, diante das presentes similaridades entre o Poder Moderador e o Ministério Público, o presente artigo busca fazer uma análise para certificar se é seguro assumir que o *Parquet* é o Quarto Poder de condição moderadora.

2. DO PODER MODERADOR

A ideia de Poder Moderador veio sendo associada a diversos autores ao longo da história, por isso não podemos ter exatidão em falar sobre o fundador de origem do conceito, todavia, um dos idealizadores que leva mais destaque sobre o tema, chama-se, Henri-Benjamin Constant de Rebecque, mais conhecido como Benjamin Constant. Esse pensador francês de origem suíça, tinha como ideia inicial formular um conceito de poder neutro para se adaptar às mudanças provocadas pela Revolução Francesa, e assim, amenizar a ruptura do absolutismo que dominava a França antes da revolução.

Esse poder foi posto de maneira expressa no Brasil, em 1824, mais especificamente, após Dom Pedro I rejeitar a constituição posta pela primeira Assembleia Constituinte que tinha como idealizador o cientista José Bonifácio. Após a rejeição, Dom Pedro, se valendo de sua

autonomia política, apresentou a constituição que trazia como ponto central para concentração dos poderes, a forma moderada de um quarto poder. A constituição posta por Dom Pedro, se organizava, em tese, semelhante à de 1988, pois havia as divisões comum entre Executivo, Judiciário e Legislativo, entretanto, as funções desses três poderes eram limitadas, pois, essa constituição era composta pelo um quarto atributo, que tinha como função, o domínio dos três poderes.

A primeira originalidade residiu na Carta de direitos e na enunciação de deveres. A segunda consistiu em estabelecer com relevância hierárquica superior a constitucionalidade material, definida com extrema clareza e tornada juridicamente de teor mais significativo que a constitucionalidade formal. A terceira esteve na criação de um quarto Poder, concebido primeiro na esfera teórica e importado de pensadores ou juristas franceses, desde Clermond Ferrand a Benjamin Constant. (BONAVIDES, 2000, p. 167-168).

O Executivo tinha a função comum de fazer a execução das leis nas províncias, junto a isso, Dom Pedro I era o principal detentor do poder, porém, para leis serem executadas, o imperador contava com o auxílio de vários ministros, além disso, convém destacar a autonomia local que era exercida pelos presidentes das províncias.

Já o Poder Judiciário, pode-se dizer que tinha as funções semelhantes ao poder da constituinte de 1988, entretanto, essas funções eram comprometidas, pois, a influências do imperador era o que contava para as decisões, em outras palavras, todos os juízes eram de confiança de Dom Pedro I, pelo simples fato de serem postos pelo mesmo para garantir o cumprimento de suas vontades.

As funções do legislativo eram exercidas pelos senadores e deputados, somado a isso, convém destacar que o cargo de senador era exercido de forma vitalícia, ou seja, os senadores exerciam a função do cargo por toda vida. Junto a isso, a forma de ingresso desses senadores também seguia a disposição do imperador funcionando da seguinte forma: os três senadores eram escolhidos a partir de uma lista tríplice, com os três nomes mais votados nas eleições.

Acima de todos os três poderes já citado, estava o poder moderador, esse poder tinha como função intervir sempre que houvesse divergências ou disputa entre os outros três. O atributo especial desse poder, estava relacionado ao uso privativo do imperador, tendo assim como consequência, a possibilidade de coação por parte do imperador nos outros entes do império. Tendo em vista os fatos já citados, poderíamos afirmar que esse poder caracterizou um governo absolutista, uma vez que o imperador era a única pessoa que podia intervir de forma direta e indireta em todos os níveis de poder, cabendo apenas aos outros três poderes cumprir e obedecer tudo aquilo que era determinado pelo quarto poder, em outras palavras, o Poder Moderador podia executar as leis, por característica própria do cargo de imperador, fiscalizar as leis, assemelhando-se ao judiciário, e legislar:

Interferia diretamente nos demais poderes, podendo nomear e demitir livremente os Ministros (Executivo), conceder perdões (Judiciário), estabelecer, modificar e revogar leis (Legislativo) ou normas dos demais poderes, além disso, seu voto tinha mais peso que de qualquer outro (SILVA, 2013, p.1).

Art.98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos". (Brasil, Constituição 1824).

O artigo 99 desta Constituição também eximia o Imperador de quaisquer responsabilidades inerentes ao Poder Moderador:

A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma (BRAZIL, 1824).

3. DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O QUE É, PRINCÍPIOS E DIVISÕES.

A instituição Ministério público sofreu uma evolução muito grande com o passar dos séculos. Nós temos nele a ideia de superação da vingança privada ou individual.

O Ministério público reflete um agente que nas origens representavam um monarca perante o poder judiciário. Além disso, essa função sempre esteve atrelada a persecução penal pois, estava ligada a pretensão punitiva do estado. Com o passar dos tempos o Ministério público deixou de estar atrelado ao poder estatal e virou uma instituição independente que serve à toda a sociedade

Dentre as diversas teorias, vamos trazer a ideia de que o Ministério Público, nos moldes modernos surgiu na França

[...] no século XIV, no reinado de Felipe, o Belo, na Ordonnance, datada de 25 de março de 1302, onde o Ministério Público vai ser reconhecido como Instituição, na figura dos Procuradores do Rei [...] (DINIZ, 2005, p85), cujas funções eram as de fiscal da lei e acusação criminal. No Brasil, o Ministério Público só foi institucionalizado em 1832, quando foi promulgado o Código Criminal do Império.

Para que o princípio da inércia da jurisdição seja respeitado, assim como o que se espera de um processo legal, o órgão julgador precisa ser convocado para emitir pronunciamento judicial. Sendo assim, os conflitos de interesse devem ser apresentados ao Poder Judiciário por outros órgãos ou pessoas a fim de chamar atenção do julgador ao problema. Dessa forma, pode-se assegurar o pleno exercício do Judiciário em todas as suas instâncias de maneira que sua atuação se afaste das práticas inquisitórias tão fortemente repudiadas na contemporaneidade.

O legislador constituinte ao legislar sobre as Funções Essenciais à Justiça, disciplina no art. 127 ao 130-A da Constituição Federal sobre o que é o Ministério Público, quais são seus princípios institucionais, suas divisões e atribuições. O caput do art. 127 expressa que:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dessa forma, tem-se que o Ministério Público é uma instituição que não pode ser extinta, nem ter suas funções institucionais e respectivas normas organizadoras alteradas ou suprimidas com efeito de limitar autonomia da instituição.

O Ministério Público é regido por três princípios institucionais previstos por lei, sendo eles: a) a unidade; b) a indivisibilidade e c) a independência funcional que implicam, respectivamente, em os membros estarem organizados sobre um único órgão e subordinados a uma única chefia; a substituição de membros dentro daquilo previsto em lei a fim de não comprometer o funcionamento da instituição e, por fim, na autonomia de convicção conferida aos membros o que lhes dá a permissão de realizarem suas funções baseados em consciência e vontade própria. No que toca sua divisão, o art. 128/CF expressa que o Ministério Público se divide em Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados. O primeiro comporta o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Antes da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público era visto apenas como um órgão fiscalizador da lei e do exercício dos Poderes. Porém, após a promulgação da Carta Maior, o órgão tem função essencial à ordem jurídica e sobre esta essencialidade à Justiça, em especial ao processo legal, Manoel Jorge e Silva Neto afirma que:

Efetivamente, a essencialidade da atuação do Ministério Público no processo judicial se relaciona à natureza do interesse posto em lide, sendo impositivo que officie, quer na condição de custos juris [...], quer assumindo de órgão agente, toda vez que os fatos sobre os quais versa a lide guardem vinculação com os interesses sociais e individuais indisponíveis, ou mesmo aqueles os quais, não marcados pelo signo da indisponibilidade, a lei considere necessária sua intervenção.

4. OS TRÊS PODERES E AS CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES ENTRE O PODER MODERADOR E O MINISTÉRIO PÚBLICO

“Barão de Montesquieu” (1689 – 1755), foi um filósofo iluminista francês muito influenciado pelas ideias de Aristóteles e John Locke que foram os primeiros a esboçar um modelo de separação dos poderes de um Estado. Seu contexto político era o absolutismo, forma de governo na qual todo o poder está concentrado na figura do monarca que agia conforme as suas aspirações pessoais. Por este motivo, Montesquieu vai debater formas de se limitar o poder do estado.

Montesquieu acreditava que o governo ideal seria a monarquia parlamentarista onde um grupo de pessoas oriundas das mais diversas camadas da sociedade ficaria responsável por formular leis que o rei deveria executar. Neste contexto, este pensador estrutura a necessidade

da existência de um poder legislativo chamado de parlamento como forma de limitar o poder do monarca (poder executivo). O instrumento de limitação dos abusos do rei seria a existência de leis justas formuladas pelos representantes do povo que estão no parlamento, por isso que Montesquieu dirá que somente o poder poderá limitar o poder. Segundo ele, deveria existir uma instância que julgasse, uma que criasse leis e outra que administrasse a sociedade e nenhuma dessas instâncias deveriam acumular mais de uma atribuição, pois seria justamente aí que se constituiriam os abusos. Sua forma de pensar a divisão do poder estatal foi fundamental dentro do pensamento político.

A finalidade principal do princípio da separação dos três poderes é garantir a liberdade individual, evitando e combatendo a concentração absolutista do poder na mão de determinadas pessoas ou grupo de pessoas. Neste contexto, surge a teoria dos freios e contrapesos, onde um poder deve conter o outro com finalidade de evitar o abuso, de modo que os Poderes legislativos, Executivo e Judiciário possuam uma responsabilização e fiscalização recíproca entre eles:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar as os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2004, p146)

Desde a Constituição de 1824 o Brasil já adotava a divisão dos poderes, conforme podemos observar nos artigos 9 e 10:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. (BRAZIL, 1824)

Nas constituições de 1891 e 1934, o artigo 15 dispôs:

Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Apenas a Constituição de Getúlio Vargas não fez menção a divisão dos poderes. A nossa atual, de 1988, além de reafirmar a separação e independência dos poderes, tornou este dispositivo cláusula pétreia, em seu artigo 60, §4º, inciso III:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]
§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III – a separação dos Poderes;

Para iniciarmos uma análise traçando pontos em comum entre o Ministério Público e o poder moderador, é necessário fazermos uma distinção entre as faculdades dos mesmos, para por fim, termos uma visão mais ampla sobre quais propriedades discorrem a autonomia dos temas em discurso.

Se tratando das faculdades entre os dois temas, faz necessário destacamos a conjuntura em que eles foram acomodados, pois, se de um lado temos o Poder Moderador imposto para que houvesse um controle total por parte privada de uma só pessoa, do outro lado, temos o Ministério Público posto em uma constituição democrática onde uma de suas funções é assegurar a manutenção da democracia. Analisando essas duas circunstâncias, é evidente que os dois tenham faculdades distintas, em relação às suas funções.

O primeiro enfoque que trataremos diz respeito às características e garantias das quais as constituições invocam sobre os institutos desses temas. Como já descrito anteriormente, agora de forma simplificada, a constituição de 1988 é quem atribui ao Ministério Público um caráter de instituição autônoma, onde seu dever se resume à proteção da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possuindo:

- **Autonomia funcional e administrativa:** O MP possui lei própria e, portanto, se auto-disciplina; elabora sua proposta orçamentárias (dentro dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias); seus membros agem de acordo à sua livre convicção fiscal podendo fiscalizar a tudo e a todos, (observando o Estado Democrático de Direito);
- **Caráter unitário:** todos representam àquele respectivo Ministério público (onde estão lotados), e estão sob a chefia do Procurador Geral da República, por uma questão de ordem administrativa. Contudo, cada membro tem independência, não se submetendo a nenhum outro membro do MP ou ao PGR.
- **Indivisibilidade:** Quando um procurador do MP age, este atua em nome da instituição, representando-a. Um membro do MP só pode subsistir outro membro dentro de suas funções, respeitando cada ramo do MP, (federal, do trabalho, militar e do Distrito Federal e territórios). Decorre do princípio da unidade.
- **Vitaliciedade:** A garantia de que seus titulares permaneçam no cargo até a data da aposentadoria.
- **Inamovibilidade:** seus agentes não podem ser removidos compulsoriamente do cargo, A destituição de um procurador da República por iniciativa do presidente da República deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal (art. 128, §2º CF/88);
- **Irredutibilidade de subsídios:** não se pode mexer nos proventos dos promotores públicos;

- **Independência funcional:** o titular do cargo possui liberdade no exercício de suas funções.

O Ministério público não encontra relação de controle com nenhum dos 3 poderes. É um fiscal que funciona sem que ninguém o controle. O MP é uma instituição permanente; previamente estabelecida.

Já o Poder Moderador, é tratado pela constituição de 1824, como um poder autônomo e superior a todo ordenamento jurídico, ao ponto de incumbir qualquer interesse do império ao ordenamento, que reservava ao Imperador, o exercício do poder moderador como base da organização política do Império:

[...] “para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos” (BRAZIL, 1824).

No exercício do Poder Moderador, o imperador tinha a prerrogativa de nomear os senadores, convocar extraordinariamente a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, sancionar decretos e resoluções da Assembleia Geral, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos provinciais, prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, dissolver a Câmara dos Deputados, nomear e demitir livremente os ministros de Estado, suspender os magistrados nos casos previstos, perdoar e moderar as penas impostas e os réus condenados por sentença e conceder anistia. (BRASIL. Constituição (1824), art. 101).

Assim como o MP, o Poder Moderador oferecia estabilidade e defesa da ordem jurídica. Também exercia o papel de guardião da liberdade e garantias individuais.

Dessa forma, por mais que o MP não tenha a superioridade do Poder Moderador, as autonomias entre eles se assemelham, pois não há relação de controle e contra controle de nenhuma outra instituição para com suas autonomias.

O segundo ponto semelhante entre eles, está relacionado a forma em que o MP interage nos processos penais. Em um processo penal, é comum que a parte acusadora não tenha participação no inquérito policial, no entanto, no ordenamento brasileiro, além do MP participar do inquérito, o mesmo MP é quem faz a acusação. Partindo do princípio de que, como o Ministério Público é quem oferece a denúncia do crime, tem interesse direto no resultado do processo, podendo assim influenciar a investigação. Dessa forma, para alguns, fica evidente o desvio de equilíbrio na autonomia do órgão, que por mais que seja uma autonomia boa para corrigir situações, indiscutivelmente, haverá uma tendência na colheita de provas em relação a parte acusada, se assemelhando assim, a forma que o poder moderador utilizava para defender os interesses do imperador.

O penalista italiano Nicola Framarino dei Malatesta em sua obra clássica “A Lógica das Provas”, publicado em 1894 faz uma crítica contra a atuação do acusador:

Levantais contra mim uma acusação e depois não quereis dar valor às palavras que apresento em minha defesa. Quer dizer primeiro você me acusa e depois deixa de acreditar em minhas palavras porque você me acusa... Que lógica de prepotentes é a vossa?

Em contraponto, afirma Silva:

A atuação integrada e independente do Ministério Público e das Polícias garantirá o sucesso da persecução penal, com vistas à realização da justiça e a salvaguarda do bem comum (SILVA, 2007, p.46).

O Delegado de Polícia Cível, Paulo Ênio de Vasconcelos Filho, comparou o Ministério Público, nos moldes atuais, ao Poder Moderador do Imperador, que esteve vigente entre 1824 a 1889, alegando que o acúmulo de poderes afeta a liberdade individual e isso compromete a função prima do Ministério Público que é aquele quem deveria ser o guardião desta (VASCONCELOS FILHO, 2013).

Ainda sobre o assunto, o Procurador-geral da República Roberto Gurgel defende a atuação do Ministério público como algo fundamental na investigação:

Negar ao Ministério Público a possibilidade de investigar será incapacitar, não a instituição, mas a sociedade brasileira para o exercício pleno do direito à efetividade da tutela penal, notadamente contra a criminalidade de colarinho branco. (QUEIROZ, 2013).

A terceira perspectiva remete-se a visão em que enquadra o MP como um dispositivo pertencente ao Art. 2º da CF/88, pois, embora não tenha definições expressas na constituição de 1988, há quem diga que o MP exerce a função de um quarto poder, porém, as características expressas no ordenamento brasileiro não tratam sobre essa possibilidade, como já descritas acima.

No 26º encontro nacional dos procuradores da república, o advogado e ex-presidente, Michel Miguel Elias Temer Lulia, afirmou que por mais que o MP não seja nominado expressamente na constituição, como um quarto poder, as funções sistêmicas atribuídas a instituição faz dela o quarto poder pertencente ao mesmo dispositivo constitucional do artigo 2º da CF/88.

Me convenço que o Ministério Público é o quarto poder do estado, não nominado... ao sustentar que o Ministério Público é um poder, eu o joguei, sistemicamente, para aquele dispositivo constitucional que diz: São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Esse debate, a princípio, não invoca superioridade jurídica entre a instituição e os outros três poderes descritos na atual constituição, no entanto, se tratarmos o MP como um quarto poder, abriremos indagação sobre sua autonomia.

Pelo fato do MP ser uma instituição autônoma onde uma de suas principais funções está associada ao pressionamento dos órgãos públicos para que se tenha um bom funcionamento a favor da sociedade, tratá-lo como um quarto poder é atribuir características de superioridade

para si próprio, pois, a constituição não define relação de controle e contracontrole sobre ele, como previsto entre o executivo, o legislativo e o judiciário, e dessa forma, ao invés de termos quatro poderes harmônico com relações de controle entre si, estaríamos dando, ao MP, características semelhantes às do Poder Moderador.

O professor Alfredo de Vilhena Valladão (1873 a 1959), defendia que a Independência do Ministério público é justamente quem lhe dá a característica de quarto poder pois desta forma garante sua livre atuação de guardião das leis do direito e da ordem jurisdicional. Em seu artigo “Ministério Público, quarto poder do Estado, escrito em 1915 ele afirmava:

(...) E acompanhando a evolução do Direito, ele [o Ministério Público] chegou à sua perfeição. É hoje um órgão autônomo, com atribuições próprias, para a defesa da sociedade e da lei. (...). As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade, em nossos dias.

Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a divisão dos poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele - o que defende a sociedade e a lei, perante a Justiça, parta a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado!

O autor Mário Dias, em sua obra “O Ministério Público Brasileiro” afirma que o papel do MP é muito mais importante do que um prestador de assistência jurisdicional:

[...] Poder Legal, Poder Fiscalizador, Poder Coordenador ou que outra denominação de lhe queira dar, quando no exercício de sua atribuição precípua de agente da lei e fiscal de sua fiel execução; e não a de simples órgão do Estado (Tomo I, p. 314-315).

Prudente de Moraes Filho, escrevendo sobre o Ministério Público no século passado, já dizia: “É uma magistratura especial, autônoma, com funções próprias. Não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos juízes. Age com autonomia e em nome da sociedade, da lei e da Justiça” (cit. por Roberto Lyra, ob. cit., p.104).

5. JULGAMENTOS

5.1 JULGAMENTO DA PEC 37/2011

A PEC 37/2011 mudaria o texto da Constituição que autoriza ao Ministério público o poder de conduzir investigações criminais, deixando esta função somente a cargo das polícias federal e Civil, dos Estados e Distrito Federal, modificando o artigo 144, parágrafo 10 da Constituição de 1988 ao seguinte texto:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

§ 10. A apuração das infrações penais que tratam os §§ 1º e 4º desse artigo, incumbem, privativamente às polícias federam e civil dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

Para o deputado que presidiu a comissão que tratou do assunto fim de papéis nítidos para cada instituição para ele cabe à polícia investigar e ao Ministério público oferecer denúncias:

O trabalho tem que ser em conjunto mesmo e na verdade a apuração da parte criminal precisa ser das polícias, a denúncia tem que ser do Ministério público e caso haja necessidade exige que se faça a investigações complementares.²⁴

O deputado Lourival Mendes, autor da PEC, alega que “há uma falta de regras claras para definir a atuação dos órgãos de segurança pública e isso causa grandes prejuízos aos processos, uma vez que procedimentos informação de investigação tem sido conduzidos, sem controle e sem prazo, tendo a instrução prejudicada junto aos Tribunais”.

Dentre os que se colocaram contrários à PEC existia a preocupação justamente em por um lado haver infiltrados desonestos nas polícias que poderiam se corromper e favorecer ou prejudicar investigações, coisa que segundo estes seria mais fácil de acontecer do que com um integrante do MP como pelo fato das polícias se submeterem ao executivo, podendo assim sofrer influência nas investigações.

Segundo a associação nacional dos procuradores da República em apenas 3 países o Ministério público é impedido de investigar: Indonésia, Uganda e Quênia. O procurador afirma que a atuação do Ministério público garante a imparcialidade das investigações:

Investigações que envolvem a administração pública ou grandes autoridades da administração pública muitas vezes são feitas e capitaneadas principalmente pelo MP²⁵.

Para Silva “A atuação integrada e independente do Ministério Público e das Polícias garantirá o sucesso da persecução penal, com vistas à realização da justiça e a salvaguarda do bem comum” (SILVA, 2007, p.46).

A discussão também chegou ao Supremo Tribunal Federal por ações que questionam se o Ministério público pode ou não conduzir investigações, mas o julgamento foi suspenso. Hoje o presidente do STF falou sobre a proposta de limitar o poder do trabalho dos procuradores. Perguntado sobre o que acha da PEC 37 o mesmo respondeu: “Eu acho péssima, a sociedade brasileira não merece uma coisa dessa”.²⁶

O clamor das ruas acabou favorecendo os nossos congressistas que não tiveram coragem de manter e ao votar a PEC 37 derrubaram o projeto. A aprovação foi rejeitada em meio a pressão popular, por 430 votos contrários, nove favoráveis e duas abstenções, em 2013.

²⁴ Deputado Arnaldo Faria de Sá, PTB-SP. Entrevista dia 08 de abril de 2013, TV ANPR.

²⁵ José Robalinho Cavalcante – presidente em exercício da ANPR. Entrevista dia 08 de abril de 2013, TV ANPR.

²⁶ Joaquim Barbosa, então Presidente do STF.

5.2 STF RECONHECE PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Em 14 de maio de 2015, o plenário do STF reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, ou seja, sua legitimidade para promover investigações criminais, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário 593.727e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público.

Essa legitimidade já vinha sendo reconhecida pelas diversas instâncias do poder judiciário e pela própria Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Com a decisão tomada pelo plenário a questão fica pacificada, o Ministério público pode promover investigações criminais por autoridade própria.

Quais os parâmetros fixados pelo supremo referente à atuação do Ministério público nas investigações e quais são os limites dessa atuação?

Para tanto, o STF fixou parâmetros referentes a atuação do MP, tais quais que essas investigações têm que ter duração razoável, devem respeitar os direitos individuais dos investigados, devem ser documentadas, deve-se garantir o respeito aos direitos dos advogados, fixando a seguinte tese:

O MP dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado e qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (lei 8906/94, artigo 7º, incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado Democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (súmula vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal por meio do seu plenário, essa matéria que tem natureza constitucional e a qual foi reconhecida repercussão geral, decidiu-se de modo que tal julgado vale para todos os casos de discussões semelhantes, ou seja, o entendimento firmado pelo STF vale para todos os processos que discutiam essa questão.

5.3 STF SUSPENDE JULGAMENTO SOBRE LEGITIMIDADE DO MP PARA CONDUZIR INVESTIGAÇÃO.

A Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (Cobrapol), ajuizou em 2003 a ADI 3.034 que questiona um trecho da Lei Complementar n.º 106/03, do Estado do Rio de Janeiro, que atribui ao MP local a possibilidade de realizar investigação criminal.

Em 18 de agosto de 2020 data que se pretendia realizar o julgamento em Plenário Virtual o STF suspendeu pela segunda vez a análise da ADI 3.034 após o Ministro Gilmar Mendes pedir vistas do processo.

A alegação da Cobrapol versa sobre a inclusão da expressão "ou criminal" inserida no artigo 35, inciso XII, da Lei Complementar 106/2003, do Rio de Janeiro, da qual se posiciona contrariamente. O dispositivo prevê que cabe ao Ministério Público "representar ao órgão jurisdicional competente para quebra de sigilo, nas hipóteses em que a ordem judicial seja exigida pela Constituição da República, sempre que tal se fizer necessário à instrução de inquérito policial, à investigação cível ou criminal realizada pelo Ministério Público, bem como à instrução processual".

Para o ministro Marco Aurélio de Melo, relator da ADI, o trecho é inconstitucional e alega que o órgão que é titular da ação penal, não pode ter legitimada a investigação: "O responsável pelo controle não pode exercer a atividade controlada".

Contrário ao posicionamento do relator, o Ministro Edson Fachin destacou o julgado de 2015, quando o colegiado definiu que o Ministério Público pode investigar crimes por conta própria, desde que respeitados os direitos garantidos pela Constituição, o devido processo legal e a razoável duração do processo. Para o ministro, a Constituição ampliou as funções do Ministério Público, "transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal quanto no campo cível".

"O procurador-geral da República, Augusto Aras, encaminhou memorial ao Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.034 reiterando a competência do Ministério Público para conduzir investigações criminais. O documento destaca que essa prerrogativa já foi objeto de análise pelo Plenário da Corte em 2015, quando o colegiado, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 593.727, decidiu que o MP detém poder investigatório próprio, desde que respeitados os direitos e garantias conferidos a qualquer indiciado ou investigado. Nesse sentido, Aras alerta que uma mudança na jurisprudência traria insegurança jurídica, além de custos ao país. Aras cita que, pelo artigo 926 do Código de Processo Civil, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Com base nessa premissa, o Supremo vem proferindo várias decisões favoráveis à investigação criminal conduzida pelo Ministério Público. "Quando um Tribunal contraria a sua própria jurisprudência, para além dos custos jurídicos, há também custos econômicos e políticos", observa o PGR".

"Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que acompanhavam o voto divergente do Ministro Edson Fachin e julgavam improcedente a ação direta; e do voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente), que acompanhava o Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente o pedido formulado na ação direta para declarar

a inconstitucionalidade da expressão “ou criminal” contida no artigo 35, inciso XII, da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020.”

CONCLUSÃO

Não resta dúvidas da atuação essencial do MP para a garantia dos direitos individuais e do regime democrático. O que observamos é que se faz necessário o cuidado e observância com os limites das competências, visando assim manter a harmonia prevista pela Constituição de 88.

O ministério possui controle interno, o mesmo se autorregula visando a manutenção de suas atividades as quais são imprescindíveis para o Estado Democrático de Direito e o exercício de sua função essencial à justiça, ao mesmo tempo que deve trabalhar dentro dos limites de sua área de atuação conferidos pela Constituição Federal de 1988, com vistas à manter o equilíbrio e a justiça e atendendo ao que já dispõe a resolução número 13 do conselho nacional do Ministério público que regulamenta o procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério público.

As garantias constitucionais devem ser sempre plenamente asseguradas aos investigados pelo Ministério público que devem ter respeitados, por exemplo, o direito de permanecer em silêncio, o direito de se fazer assistir por advogado, o direito a incolumidade física, ou seja, todos os direitos individuais deverão ser plenamente garantidos assim como as prerrogativas dos advogados.

Lembremos que as investigações conduzidas por membros do Ministério público estão sujeitas ao controle jurisdicional, por meio de habeas corpus desde logo e também o resultado das investigações serão sempre levado ao poder judiciário por meio por exemplo do oferecimento de uma denúncia que será recebida ou não por um juiz ou, de maneira fundamentada, ao conduzir uma investigação criminal os membros do Ministério público devem seguir regras rigorosas e aprimoradas tal qual às do inquérito policial.

O conselho nacional do Ministério público regulamentou a investigação do Ministério Público, estabelecendo uma série de regras com o direito de acesso aos autos, publicidade, direito das partes por meio de seus advogados ou diretamente solicitarem emissão de certidões e cópias, respeito integral aos direitos individuais dos acusados.

Apesar de apresentarmos alguns pontos em comum entre o Ministério Público e o Poder Moderador, suas autonomias não podem ser tratadas semelhantes, pois, o MP está submisso a um ordenamento, e mesmo sem um controle externo, sua conjuntura é formada para atender os interesses de todo conjunto democrático, lembrando que o próprio órgão se autorregula para

manter o equilíbrio no desempenho de suas funções. Já o Poder Moderador, esse não tinha submissão a nada, além disso, foi criado para defender interesses privados de Dom Pedro I.

Pelo fato do Ministério Público desempenhar a função jurisdicional do estado com autonomia e independência, alguns autores veem essas características pré-definidas como o “Sistema de Freios e Contrapesos” e que por isso seria considerado o exercente da quarta função do Estado. Contudo, a doutrina majoritária entende que estes são fatores essenciais para a manutenção das funções do MP e de seu papel fiscalizador, de modo que por si só, estas características não o tornam o quarto poder do estado como comumente é chamado pelo senso comum.

A Constituição de 1988 instituiu ao MP a “Função Essencial à justiça” e não uma quarta função. Dessa forma, compreendemos pelas razões lógicas que não houve por parte dos legisladores a intenção de transformá-lo num “quarto poder”, pois se assim o quisessem, teriam feito e incluído ao artigo 2º da Constituição de 88 que preceitua:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Por fim, as ações do MP não possuem caráter decisório, como ocorre no legislativo, executivo e judiciário. Dentre suas funções, o artigo 6º, XX, da Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993, lhe conferiu o poder de exercer ações em caráter de recomendação, mas que não possuem efeito vinculante, embora tenham grande valor moral. Desta forma podemos observar que lhe falta esta característica essencial para sua definição como quarto poder como ocorre nos outros três poderes do Estado.

Em alguns casos pode-se dizer que não existe justiça sem o Ministério Público, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e do direito em vigor aos quais todos estamos subordinados. Este age como fiscal, em nome da sociedade para defender o Estado Democrático de Direito, para defender a Federação Brasileira como um todo, os interesses de toda a sociedade e os interesses de todos nós contra o árbitro do próprio estado.

Essa instituição tem por essência a defesa da ordem jurídica, a defesa do estado democrático de direito, do regime democrático e, se estamos numa democracia, quaisquer ataques à democracia e às instituições democráticas interessa a sociedade e legitima o Ministério Público a agir provocando o poder judiciário para que o ataque não ocorra ou este ocorrendo, para que cesse. Na defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, na defesa dos interesses difusos e coletivos. Atentar contra o MP é atentar contra a própria instituição, contra o Estado Democrático de Direito e de toda a sociedade. Sua independência visa garantir a sociedade sua imparcialidade e a devida

aplicação do ordenamento jurídico, mantendo o autocontrole, pois, o equilíbrio é fundamental para manter a democracia e a justiça.

Desta forma, podemos entender que o papel do Ministério Público é defender o cidadão, a democracia e, quando couber, o próprio Estado, mostrando assim a importância dessa grande instituição, conforme preceitua o professor Celso Seixas Ribeiro Bastos:

(...) o Ministério Público dos nossos dias deixou de ser apenas órgão incumbido da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado contra os criminosos, ou, no juízo cível incumbido da defesa de certas instituições (como a família, as fundações) ou de certas pessoas (como os ausentes, os incapazes, os acidentados do trabalho), passando a ser, principalmente, fiscalizador e defensor da correta aplicação das leis e da Constituição, personalizando-se, pois, como órgão de defesa dos interesses sociais em juízo, até mesmo contra o Estado (BASTOS; MARTINS, 2001, p. 4).

REFERÊNCIAS

BASTOS, C. S. R.; MARTINS, I. G. S. Comentários à Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988). 2ª Edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, RJ. 25 de março de 1824.

Deputado Arnaldo Faria de Sá, PTB-SP. Entrevista dia 08 de abril de 2013, TV ANPR) e José Robalinho Cavalcante – presidente em exercício da ANPR. Entrevista dia 08 de abril de 2013, TV ANPR). Disponível em: <https://youtu.be/JOBY8kO2fNw>

DIAS, Mário. Ministério Público Brasileiro. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1955.

JOVEM PAN BRASIL. A existência do Ministério Público Federal como um “quarto Poder”. 2017. Disponível em: <https://youtu.be/cFW1Zqp9R2Y>

MIGALHAS. STF reconhece poder de investigação do MP. 2017. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/quentes/220549/stf-reconhece-poder-de-investigacao-domp?_gl=1*14cbz9u*_ga*M0g1Rk11Vmx3UGhzR0xIbFJqNk96U1ZIN1hNOFNHOHNBbzhESENCCeEFwY19rMIBaRXJRSEJQOXpMUzZSeXFQYQ. Acesso em: 15/012/2020

MONTEIRO, Rafael Costa. PGR reafirma competência do Ministério Público para conduzir investigações criminais. Jusbrasil. 2020. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/drrafaelcm.jusbrasil.com.br/noticias/916124641/pgr-reafirma-competencia-do-ministerio-publico-para-conduzir-investigacoes-criminais/amp>. Acesso em: 15/12/2020.

QUEIROZ, Michel Victor. Saiba o que é a PEC 37. O Povo, 2013. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/app/politica/2013/06/24/noticiaspoliticas,3079943/saiba-o-que-e-a-pec-37.shtml>.

SILVA, Alberto José Tavares Vieira Da. Investigação Criminal: Competência. Disponível em: <http://www.bernardosantana.com.br/conteudo/artigos/79/Investigacaocriminal-competencia.pdf>.

SILVA, Marcelle Lemos Da. O quarto poder: o ministério público e o poder moderador do imperador. *Âmbito Jurídico*. 2017. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-quarto-poder-o-ministerio-publico-e-o-poder-moderador-do-imperador/>.

TV ANPR. Ministério Público é o quarto Poder, afirma Michel Temer - AP69 parte1. Disponível em: <https://youtu.be/4ZXXKkAE6To>

VALENTE, Fernanda. Consultor Jurídico. 18 de agosto de 2020. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/suspenso-julgamento-legitimidade-mp-tocar-investigacao>. Acesso em: 15/12/2020.

VALLADÃO, Alfredo. O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A. – Distribuidora, 1973.

VASCONCELOS FILHO, Paulo Ênio Rabelo de. "Em Favor da Pec-37: Suas razões e fundamentação democrática". *Jornal Virtual Vitrine do Cariri*. 2013. Disponível em :
<http://www.vitrinedocariri.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=62241&Itemid=95>

ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO ATRAVÉS DE UMA PERSPECTIVA DA SÉTIMA ARTE

Luiza Beatriz de Almeida Nobre

1. INTRODUÇÃO

“O cineasta não deve fazer só filme, ele deve se interrogar sobre a sociedade em que vive.” Jean-Jacques Beineix

46

Este artigo não pretende trazer uma análise de toda a representação do Direito pelos filmes, séries, documentários, e demais audio visuais, apenas usaremos algumas obras que refletem os dilemas do nosso poder judiciário, ao tentar descrever a natureza e as especificidades do Judiciário como uma instituição que é tanto judicial quanto política, através de essas diferentes abordagens e então proporcionar uma visão abrangente sobre esse sistema.

Partiremos trazendo uma primeira definição do que Linares Quintana (1963) afirma ser a que "melhor define o caráter jurídico do Estado constitucional":

em definitivo, o direito, diante da controvérsia, impõe a paz social. De outro lado, como consectário de sua própria natureza, o órgão estatal que a exercita, o Poder Judiciário, é o guardião maior dos direitos, a garantia das garantias constitucionais.

Posto isso, o documentário “JUSTIÇA” (Direção e produção de Maria Augusta Ramos - Brasil, 2004) se define nas próprias palavras de Maria Augusta Ramos, “o filme não é sobre o Judiciário ou sobre o sistema penal em si. É um filme que retrata a realidade brasileira através do Judiciário.” Por meio do sistema judiciário, a diretora consegue trazer uma visão da sociedade brasileira, ou seja, o nosso judiciário é, portanto um reflexo da nossa sociedade e no documentário é evidente toda a desigualdade, racismo e ineficácia desse sistema punitivo. Oscar Vilhena (2008) em seu artigo sobre a “Supremocracia”, fala sobre uma das boas explicações do crescimento da ação do judiciário:

enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporado nas constituições contemporâneas. (p.443)

Devido a esse crescimento, assim como em “Doze Jurados” (2009) série de Televisão escrita por *Sanne Nuyens* e *Bert Van Dael*, mostraremos os dois lados de um judiciário necessário, mas que está longe de ser perfeito:

Junto com isso, a série adota uma abordagem muito imparcial das ideias que coloca sobre a mesa. Não critica o sistema do júri, nem o julga. Em vez disso, assume um meio termo, onde apresenta suas vantagens e desvantagens. E, finalmente, permite que você seja o juiz.” (NARCISO, Anderson, *Doze Jurados*: série da Netflix é baseada em fatos reais? - Mix de Séries).

Por tanto o trabalho em questão, utilizando-se do método dialético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, espera construir uma apresentação que demonstre a importância e as dificuldades dessa instituição no âmbito nacional e que incentive o leitor a buscar outras e novas respostas a questões aqui mencionadas e não inteiramente resolvidas.

2. “É UM JULGAMENTO POLÍTICO”

*“Não seremos presos pelo que fizemos, mas por quem somos!”
-Os sete de Chicago (2020)*

A harmonia entre os três poderes do Estado, segundo a concepção positivista, traz ao povo a figura da certeza de que a sociedade deve resolver seus problemas, suas pendências e lacunas mediante as estruturas que o próprio Estado lhe fornece: o Legislativo cria o direito, mediante a lei, o Executivo programa políticas, e o Judiciário resolve processos, segundo os ditames do ordenamento jurídico.

Todavia, não é assim que ocorre, e sobre o Poder Judiciário vale pontuar o que disse os seguintes autores: ARANTES (1999) que tem uma visão mais pessimista quanto a liberdade e independência do Judiciário, já Manoel Gonçalves (1984) demonstra uma visão mais progressista quanto a necessidade do crescimento de suas liberdades, e por fim Oscar Vilhena (2008) que por ser o mais recente, reconhece esse crescimento do judiciário:

O Judiciário e Ministério Público, no quadro mais amplo das instituições, são considerados, por seus respectivos integrantes, eternos reféns dos poderes políticos. Magistrados afirmam frequentemente que, dentre os poderes da República, o Judiciário é o que menos tem poder. Não tem controle sobre a força nem o dinheiro; não pode tomar resolução ativa, pois é inerte. (ARANTES, Rogério Bastos, 1999)

Fortalecer o Poder Judiciário, dar-lhe condição de funcionalidade são metas que devem ser perseguidas pelo povo que quer ser livre, por isso que "a independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso de Dir. Constit.", 131 ed., 1984, Saraiva, pág. 243.)

Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos. (Oscar Vilhena Filho, Supremocracia, 2008)

2.1 ORDEM OU PROGRESSO?

*“Eles são vulgares, contra o sistema, antissociais e irrealistas, mas nada disso pode ser denunciado.”
-Os sete de Chicago (2020)*

O filme “Os sete de Chicago” é um brilhante e crítico filme americano de 2020, do gênero drama biográfico, baseado no caso real do julgamento dos sete de Chicago, um grupo de ativistas e manifestantes acusado pelo próprio governo estadunidense de conspiração e estímulo à revolta violenta durante seus protestos contra culturais e contra a Guerra do Vietnã durante a Convenção Nacional Democrata de 1968, em Chicago, Illinois. Durante o julgamento um dos réus declara que aquilo era um “julgamento político”, não era nem penal e nem civil, pois suas fundamentações eram políticas e de ordem do mais alto poder do governo, e que ignorar isso seria estranho.

Tokeville (1835) em seu livro “A democracia nas Américas” dizia que: “Entendo por julgamento político a sentença pronunciada por um corpo político momentaneamente dotado do direito de julgar.”(p.121)

É notório que durante a história o Poder Judiciário interfere no Poder Político e que o Poder Político interfere no Poder Judiciário, a então independência dos três poderes parece cada dia mais ilusória. Olhamos para o cenário Brasileiro, coisa que a brasileira Petra Costa fez no documentário “Democracia em Vertigem” (2019) que retrata os bastidores do impeachment da então presidenta do Brasil Dilma Rousseff, o julgamento de antecessor Luiz Inácio Lula da Silva, o processo que elegeu o candidato de extrema-direita Jair Bolsonaro e a crise política e econômica no país, é mostrado como a intervenção do judiciário foi imensa o que também ficou bem registrada pelas matérias que o jornal **Intercept (2019) revelou acerca do tema:**

“O mais relevante: a Lava Jato foi a saga investigativa que levou à prisão o ex-presidente Lula no último ano. Uma vez sentenciado por Sergio Moro, sua condenação foi rapidamente confirmada em segunda instância, o tornando inelegível no momento em que todas as pesquisas mostravam que Lula – que terminou o segundo mandato, em 2010, com 87% de aprovação – liderava a corrida eleitoral de 2018. Os arquivos, a que o **Intercept** teve acesso com exclusividade, contêm, entre outras coisas, mensagens privadas e de grupos da força-tarefa no aplicativo Telegram. Neles, os procuradores da força-tarefa em Curitiba, liderados por Deltan Dallagnol, discutiram formas de inviabilizar uma entrevista do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva à colunista da Folha de S.Paulo Mônica Bergamo, autorizada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski porque, em suas palavras, ela “pode eleger o Haddad” ou permitir a “volta do PT” ao poder.

Os procuradores, que por anos garantiram não ter motivações políticas ou partidárias, manifestaram repetidamente nos chats a preocupação de que a entrevista, a ser realizada a menos de duas semanas do primeiro turno das eleições, ajudaria o candidato à Presidência pelo PT, Fernando Haddad. Por isso, articularam estratégias para derrubar a decisão judicial de 28 de setembro de 2018, que a liberou – ou, caso ela fosse realizada, para garantir que fosse estruturada de forma a reduzir seu impacto político e, assim, os benefícios eleitorais ao candidato do PT.” (As mensagens secretas da Lava Jato, The Intercept Brasil)

Sobre o ligamento dos tribunais com questões políticas Oscar Vilhena(2008) Acrescenta:

Com isso, novas vozes passaram a ecoar no tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, enquanto palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político. Somado a isso, surgiram as audiências públicas, em casos de grande relevância, que trazem ao tribunal especialistas, militantes e acadêmicos, que não se reportam ao tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas, sim, técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório do tribunal. (Oscar Vilhena, *Supremocracia*, p.448)

3. CONCENTRAÇÃO DE PODER

"Quem lhe disse que tem o direito de brincar com a vida de um homem? [...] Se quer votar 'inocente', então vote porque está convencido disso, não porque cansou. Se o acha culpado, então vote dessa forma. Não tem coragem de fazer o que acha certo?"

Doze homens e uma sentença (1957)

A minissérie “Julgamento de Tóquio” (2016) se passa após a Segunda Guerra Mundial onde 11 juízes Aliados precisam decidir o futuro de criminosos de guerra japoneses em um julgamento internacional marcado por muita tensão. Já no famoso filme “Doze homens e uma sentença”(1997) a trama foca no desempenho de um júri formado por 12 homens, escolhidos aleatoriamente, que terão de decidir à unanimidade se um rapaz porto-riquenho é culpado ou inocente do assassinato do seu pai.

Esse belíssimo trabalho hermenêutico demonstra claramente como o mesmo objeto pode ser analisado por diversos ângulos e como é difícil a tarefa dos magistrados de apreciar e julgar os fatos inscritos nos processos, considerando, inclusive, que não se trata apenas de mera mudança de vocábulos, mas da absorção do entendimento do verdadeiro significado de cada prova, fato, depoimento, circunstância, entre outros elementos. (TJMG, 2015)

Todavia, não é só na ficção que um júri decide destinos, no Brasil temos o então Supremo Tribunal Federal, composto por 11 cadeiras onde as competências incluem:

As competências do STF: originária, recursal ordinária e extraordinária Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição confere outras competências, além da competência maior de guardá-la e defendê-la. Segundo a Constituição de 1988, ao Supremo Tribunal são conferidas competências em três planos: em primeiro lugar, competências originárias; depois, competência recursal ordinária e, finalmente, competência recursal extraordinária. Nesta última, mediante o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal realiza o controle de constitucionalidade na sua forma difusa, já que, na ordem constitucional brasileira, são dois os tipos de controle de constitucionalidade adotados: o difuso, conferido a qualquer juiz ou tribunal, e que chega ao Supremo Tribunal através do recurso extraordinário, e o concentrado, que o Supremo Tribunal realiza no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, de sua competência exclusiva. Com a Emenda Constitucional 3. de 1993. compete ao Supremo Tribunal Federal, ademais, processar e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.” (Carlos Mário, 1995)

Oscar Vilhena que escreveu o artigo “Supremocracia” aborda exatamente o fenômeno do crescimento do poder do Supremo e destaca:

Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito. (Pg.442.supremocracia)

A respeito do poder de uma Supremo justo destacar o que Willoughby (1997) se propõe a dizer sobre a Corte Suprema dos Estados Unidos algo que também se encaixa no Brasil:

O mais poderoso dos freios no garantir as relações regulares entre o poder federal e os poderes dos Estados, e ainda entre os próprios ramos da poder federal, tem sido inquestionavelmente a Corte Suprema. No mecanismo da república, o seu papel tem sido o da roda mestra. A Constituição no exercício de sua supremacia a respeito de todos esses poderes, a todos lhe pôs limites, e o instrumento para efetuar essa limitação tem sido a Corte Suprema, como intérprete do direito constitucional. (Willoughby, "The Supreme Court of the United States", pág. 33.)

4. INFLUÊNCIAS DE UMA SENTENÇA

*“Bem, a lei não importa. O que importa é saber contar uma história.”
- Condenados pela mídia (2020)*

Apesar do principio da imparcialidade ter sua elevada importância, ter caráter universal e estar presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo X, nada disso faz com que esse direito seja efetivado.

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (artigo X)

A desembargadora Kenarik Boujikian (2020), é cirúrgica a falar sobre os juízes parciais:

A imparcialidade reclamada na normativa e pelos cidadãos é a pedra de toque de um julgamento justo. Juiz parcial instrumentaliza o Judiciário para interesses pessoais (de qualquer natureza: econômico, subjetivo, político, midiático); quer e atua para o resultado que lhe convém, de modo que tem a sentença, antes da realização do devido processo legal. (KENARIK BOUJIKIAN, **Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever**)

O código de ética da Magistratura Nacional define em seu Art. 8º o que seria o magistrado imparcial:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. (Código de Ética da *Magistratura* Nacional)

Posto isso, em 2017 a Netflix divulgou “Nobody Speak: Trials of the Free Press+”, documentário que questiona a influência de bilionários para controlar informações: O filme explora o que o apoio financeiro de Peter Thiel ao processo de Hulk Hogan contra a Gawker

Media e as compras obscuras por Sheldon Adelson do maior jornal de Nevada significam para o futuro do jornalismo, a Primeira Emenda e o poder dos ricos.

Já a mais recente série documental “Condenados pela mídia” (2020) traz entrevistas com pessoas envolvidas em seis diferentes casos dos quais a cobertura jornalística participou, não somente como um informante, mas também como um irresponsável júri de fora do campo. Apesar da busca da imparcialidade, como foi demonstrado em ambos documentários tanto o dinheiro, poder e a mídia, corroboram para uma determina sentença dotada de opiniões que vão além da lei.

5. JUSTIÇA

“Particularidade daquilo que se encontra em correspondência (de acordo) com o que é justo; Modo de entender e/ou de julgar aquilo que é correto.”

Justiça. Dicio .

Apesar de encontrarmos o significado acima para Justiça começaremos logo com um certo balde de água fria de Fábio Periandro e Camila Celestino (2020) a respeito do tema:

Deve-se partir da premissa que direito nem sempre é sinônimo de justiça. Essa frase é ruim de ouvir, mas necessária para sair de uma visão pueril acerca do fenômeno jurídico na sociedade. Direito refere, em regra geral, a conservação de condutas; justiça refere, também em regra geral, alteração de comportamentos, ajustamento de situações com ditames de legitimidade, de expectativa pessoal, de contexto histórico e cultural, inquietude e inovação. O que se deve almejar é um sistema jurídico o mais justo possível. Mas é indispensável compreender que a visão jurídica é mais protecionista e conservadora do estado de coisas vigente, ao passo que a justiça é um ideal mais fomentador da coração de propósitos, do ajuste entre o mundo real e as virtudes que uma determinada sociedade acredita e pretende aplicar no seu seio. (*Direitos Fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5o da Constituição Federal de 1988.*)

5.1 A JUSTIÇA COMO RESISTÊNCIA

“O erro da ditadura foi torturar e não matar!” – **Jair Bolsonaro**

Para trazermos uma ideia de um Direito por muitas vezes ideológico que reforça as Ideologias de certo poder citamos as considerações do jurista catarinense Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER, 2003, p. 154):

O sistema jurídico, como conjunto de normas, de práticas, de costumes e de valores, é eminentemente estatal. Todo sistema jurídico está umbilicalmente ligado a um tipo de Estado — feudal, socialista, democrático-burguês. Ele exprime, em normas jurídicas, a ideias, os objetivos, as necessidades, os conceitos das classes existentes. Porém dominam no sistema jurídico, em cada Estado e em cada momento, as ideias, as relações sociais, os conceitos da classe dominante. Todo sistema jurídico traz a marca de uma classe social dominante na sociedade. A hegemonia [...]

dominante [...] é exercida através do aparelho de Estado. Constituem o aparelho de Estado os tribunais, a polícia, o exército, as escolas etc.

O documentário Brasileiro "**Os Advogados Contra a Ditadura**" é dividido em cinco episódios e retrata a importantíssima atuação dos advogados que estiveram na defesa de presos políticos durante a Ditadura Militar no Brasil. Apesar de quase sempre os juízes estarem do lado do poder vigente, como dito acima, com a instauração da ditadura militar através de um golpe das Forças Armadas do Brasil, no período entre 1964 e 1985, o papel dos advogados na defesa dos direitos e garantias dos cidadãos foi fundamental no confronto com a repressão, ameaças e todo tipo de restrições, impostas pelo governo.

Para ilustrar outro papel que a justiça pode ter quanto aos direitos que foram violados durante governos anteriores, nesse caso o reparatório segue a ementa abaixo:

Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1355555 PR 2012/0122096-4

DIREITOS HUMANOS. PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DAS NAÇÕES UNIDAS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TORTURA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. DIREITOS HUMANOS. VALOR INDENIZATÓRIO IRRISÓRIO. REVISÃO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. 1. Cuida-se de Ação de Reparação de Danos Morais ajuizada contra o Estado do Paraná por cônjuge de preso político que sofreu tortura durante o regime militar. 2. Violação a **direitos humanos** - como a proteção contra a tortura e prisão por delito de opinião - enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, amparada no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os **Direitos** Civis e Políticos das Nações Unidas - incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto-Legislativo 226 /1991, promulgado pelo Decreto 592 /1992 -, que traz a garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como prevê a proteção judicial para os casos de violação de **direitos humanos**. 4. Nas hipóteses em que houver violação à integridade física e psicológica da pessoa, ou seja, ataque aos seus **direitos humanos** fundamentais, é infestável o dever do Estado de indenizar os danos materiais e morais sofridos, que podem ser cumulados. 5. A revisão do valor da indenização é possível, em casos excepcionais, somente quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que se configurou no presente caso. 6. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir, diante da documentação colacionada aos autos, que o autor foi realmente preso e torturado, tendo sofrido danos psicológicos permanentes e vindo a falecer, fixou indenização por danos morais em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

5.1 MARCAS DE MISOGINIA

“Excelentíssimo, eu tô implorando por respeito, nem os acusados são tratados do jeito que estou sendo tratada, pelo amor de Deus, gente. O que é isso?” – Mariana Ferrer (2020)

No filme “PINK” (2016) que trabalha sobre a cultura do estupro na Índia, se passa em um tribunal em que as mulheres são acusadas de serem prostitutas que queriam se aproveitar financeiramente dos “pobres rapazes”. A acusação investiga a vida inteira de cada uma delas,

com o intuito de provar que possuem “caráter duvidoso”, e alega que “o aspecto do consentimento foi introduzido pela defesa porque está na moda hoje em dia”.

A ficção consegue por muitas vezes representar uma realidade dura de aceitar, em comparação com o caso do filme, principalmente de como as moças foram tratadas nos julgamentos, trago para isso a comparação com o caso da brasileira Mariana Ferrer, que acusou um empresário de estupra-la:

A defesa do empresário mostrou cópias de fotos sensuais produzidas pela jovem enquanto modelo profissional antes do crime como reforço ao argumento de que a relação foi consensual. O advogado Cláudio Gastão da Rosa Filho analisou as imagens, que definiu como “ginecológicas”, sem ser questionado sobre a relação delas com o caso, e afirma que “jamais teria uma filha” do “nível” de Mariana. Ele também repreende o choro de Mariana: “não adianta vir com esse teu choro dissimulado, falso e essa lábia de crocodilo”. (The intercerpt Brasil,2020)

Apesar de muitos serem os casos assim que revelam o conservadorismo e certa misoginia do sistema judicial, as produções cinematográficas trazem esperança com filmes como “Suprema” (2018) e o documentário “A juíza” (2018) que conta a história de Ruth Bader Ginsburg que se formou em direito nas instituições mais prestigiosas do país: Harvard e Columbia, sempre como primeira aluna de sua turma. Mas mesmo assim, enfrentou o machismo dos anos 1950 e 1960 quando tentou encontrar emprego no sistema judiciário, sendo recusada pelos principais escritórios de advocacia. Na função de professora, ela se especializou em direito relacionado ao gênero, decidindo atacar o Estado norte-americano para derrubar centenas de leis que permitem a discriminação às mulheres.

5.2 ORGULHO E PRECONCEITO

“Não posso ser algo que não sou. Não sou um cidadão. Não querem que eu seja. Eu nem quero ser.” – Olhos que Condenam

São muitas as obras da Tv e do Cinema que apontam o racismo institucional de todo o sistema jurídico, selecionei 5 deles, todos baseados em fatos reais:

Trial 4 (Justiça em Julgamento, na tradução oficial). Ellis foi levado a julgamento três vezes antes de ser considerado culpado pelo assassinato do detetive da polícia de Boston, John Mulligan, em 1993. Na época ele tinha apenas 19 anos. Embora a polícia tenha apresentado evidências ligando Ellis ao crime, a investigação revelou policiais corruptos, testemunhas questionáveis e enorme pressão dentro do departamento para resolver logo o caso. A história devastadora de Ellis lança luzes sobre questões oportunas de racismo sistêmico, corrupção policial e reforma da justiça criminal, oferecendo esperança de que, em última análise, as pessoas tenham o poder de mudar esse sistema.

A busca Pela Justiça: O filme “A busca pela Justiça” (Heavens Fall), de 2006, retrata a história, baseada em fatos reais, de nove jovens negros americanos que foram condenados à morte na cadeira elétrica pelo estupro de duas jovens brancas.

Clemência – A História de Cyntoia Brown. Produzido pela Netflix e lançado no Brasil em abril de 2020, o documentário de uma hora e 37 minutos acompanha a luta de Cyntoia Brown por clemência e por uma vida fora da prisão. Cyntoia, uma adolescente negra de 16 anos, foi julgada como adulta pelo assassinato de um homem branco de 43 anos que pagou para ter relações sexuais com ela.

Olhos que condenam (When They See Us, 2019) série do canal de streaming Netflix é inquestionável. A temática da série é mais do que atual e a narrativa por ela tecida, mesmo tratando um caso real ocorrido do século passado, ainda é pertinente no cenário político atual. A série dramatiza o polêmico caso da condenação injusta de cinco jovens negros do Harlem – Antron, Kevin, Yusef, Raymond e Korey – pelo estupro de Trisha Meilli no Central Park.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por Silva (1996), igualdade constitucional é (ou deveria ser) mais que uma expressão de Direito “é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.”.

No entendimento de Sarlet, citado por Silva (2003, p.9), o princípio da igualdade encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e Ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material. No entendimento de Sarlet, citado por Silva (2003, p.9)

Seguindo esta orientação Sposato et al (2006, p.21) afirma que:

A idéia de seletividade penal nega o pressuposto de que as escolhas criminalizantes sejam tomadas por critérios impessoais e universalmente direcionados. Segundo robusta orientação criminológica contemporânea, a intervenção penal precedem opções que raramente se pautam pela preocupação de universalizar o controle social através do Direito Penal. Essa escolha dos campos em que atuarão as estâncias penais de controle é feita através de um juízo de seletividade, que opta por criminalizar algumas condutas e não criminalizar outras.

Para Méndez (MENDEZ; O’DONNELL; PINHEIRO, 2000, p.244), todos os sistemas judiciários na América Latina padecem de grave necessidade de modernização e adaptação

aos novos problemas da sociedade, englobando desde questões orçamentárias, infraestruturas, logísticas e de pessoal técnico.

Apesar de o sistema ser estruturalmente racista ainda é uma forma de reivindicação de direitos e por isso os casos de racismo que chegam aos tribunais são incontáveis e todos os dias aumentam, para ilustrar trouxe um pedido de agravo de racismo cometido pela internet:

(STF - AgR ARE: 1169322 DF - DISTRITO FEDERAL 0098316-59.2012.8.07.0001, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/03/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-069 05-04-2019)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE RACISMO PRATICADO PELA INTERNET. COMPETÊNCIA. DISCUSSÃO JÁ DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUSTIÇA COMUM. 1. Tal como consta no parecer do Ministério Público Federal, “a questão ora em análise competência jurisdicional para o julgamento de feito relativo à prática do crime de racismo via internet ' foi devidamente analisada em momento processual próprio, assentando-se na ocasião tanto no âmbito do STJ (em sede de conflito de competência), quanto no âmbito do STF (em sede de habeas corpus), o entendimento jurisprudencial prevalecente, qual seja, o de que o processo e julgamento do feito competiam à Justiça Estadual”. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “a divulgação de mensagens incitadoras da prática de crime pela rede mundial de computadores não é suficiente para, de por si, atribuir à prática do crime a demonstração de resultado além do território nacional (ACO 1.780, Rel. Min. Luiz Fux). Ainda nessa linha, veja-se o RE 1.053.961, Rel. Min. Dias Toffoli. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

6. DIREITO OU PRIVILÉGIO

“Mas essas classes de juristas são Deuses do que mesmo?” – **Quadro em Branco**

Apesar de neste artigo trabalhar a visão do judiciário a partir de uma perspectiva da sétima arte - filmes, séries, documentários e vídeos - juntamente com uma breve revisão bibliográfica, optarei por começar essa parte a partir de uma analogia com os quadrinhos, especificamente Thor - O Carniceiro dos Deuses - HQ Dragons, Thor, o herói que também conhecemos do cinema, é um dos deuses nórdicos e logo na primeira página desse quadrinho ocorre o seguinte pensamento: “O gigante de gelo tem aterrorizado essas pessoas por semanas, ele comeu três cabras, quatro cachorros e duas crianças. As mães da aldeia oraram pela ajuda dos deuses, e a ajuda elas receberam.”

Após matar o gigante conclui: “Isso foi quatro dias atrás desde então eu comi mais cabras que o gigante de gelo, bebi hidromel suficiente pra afundar uma dúzia de marinheiros e fiz amor com metade das mulheres da aldeia.” Os deuses fazem quase nada para os que pedem são ajudas, entretanto recebem grandes sacrifícios.

No Brasil, o judiciário acumula incontáveis garantias e isso vem aumentando a cada dia, em um país que milhões passam fome por 10 votos a um, o STF autorizou a acumulação de salários acima do teto constitucional remuneratório do serviço público, quando a mesma

pessoa tem dois empregos. A decisão do STF agrava um abuso que já ocorre dentro do sistema de justiça como demonstra os dados apresentados pela Folha de S.Paulo (2017) em que com “penduricalhos” 97% do MP paulista já recebe acima do teto.

Segue abaixo a ementa da decisão:

TETO CONSTITUCIONAL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – ALCANCE. Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o **teto** remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido.

Decisão

provimento ao recurso e fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do **teto** remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público”. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.4.2017.

Tese

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do **teto** remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público. Tocqueville (1835) foi um dos primeiros a perceber a incongruência entre uma sociedade crescentemente igualitária e a permanência, no âmbito do Estado, de um corpo cheio de funcionários públicos acumulando garantias e privilégios incompatíveis com o regime republicano.

6.1 DESACATO

"É Juiz mas não é Deus." - **Luciana Tamburini (2011)**

Seguindo a ilustração de Thor: O carniceiro dos Deuses, o então chamado vilão Gorr, que após verem todos que amam passarem a vida servido aos deuses e mesmo assim morrerem abandonados se revolta e dedica a vida a matar deuses. Ele é um dos primeiros que não treme diante a presença dos deuses.

O judiciário parece ter um amor incontrolável a ordem, e muitas das vezes se sentem como se fossem deuses, como o caso da agente de trânsito que foi processada por parar um juiz e após ele não aceitar seguir as normas afirmou que e "era juiz, mas não Deus". O caso foi julgado em primeira instância na 36ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que entendeu que a vítima fora o Juiz e não a agente de trânsito sob a justificativa de que a servidora agira "com abuso de poder" e zombou do juiz a pronunciar a frase acima.

No filme já citado “Os sete de Chicago”, foram julgados sete réus - Abbie Hoffman, Jerry Rubin, David Dellinger, Tom Hayden, Rennie Davis, John Froines e Lee Weiner, os réus demonstram certo desprezo pela autoridade do Juíz, e faz sentindo, em certo momento mostrado um dia que dois dos ativistas realmente apareceram no tribunal vestindo togas e, por baixo delas, usando uniforme policial. Também liam poesias e cantavam "Hare

Krishna". Abbie, um deles, se referia a Hoffman (o juiz) como "Julie" e dizia que a ideia de justiça "era a única obscenidade do local"...

O juiz como era de se esperar condenou todos os oito réus e seus dois advogados a longas penas de prisão por desacato ao tribunal. No Brasil, o magistrado segue por defender o crime de desacato inúmeras vezes, muitas vezes por coisas que só não eram claramente a inteira submissão. A ementa abaixo é dos casos de defesa do crime de desacato pelo Supremo Tribunal Federal

(ADPF 496, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 23-09-2020 PUBLIC 24-09-2020)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CRIME DE DESACATO. ART. 331 DO CP. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questiona a conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a recepção pela Constituição de 1988, do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato. 2. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, em casos de grave abuso, faz-se legítima a utilização do direito penal para a proteção de outros interesses e direitos relevantes. 3. A diversidade de regime jurídico – inclusive penal – existente entre agentes públicos e particulares é uma via de mão dupla: as consequências previstas para as condutas típicas são diversas não somente quando os agentes públicos são autores dos delitos, mas, de igual modo, quando deles são vítimas. 4. A criminalização do desacato não configura tratamento privilegiado ao agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida. 5. Dado que os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, deles se exige maior tolerância à reprovação e à insatisfação, limitando-se o crime de desacato a casos graves e evidentes de menosprezo à função pública. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”.

Tokeville resume bem o espírito de muitos juristas:

Por isso, encontramos oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Como ela, tem um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas; assim como a aristocracia, concebem um grande desgosto pelas ações da multidão e, secretamente, desprezam o governo do povo.

Gorr em sua batalha com Thor o pergunta do que ele era deus, da guerra, do amor, das florestas. Thor, responde: -Do Trovão, e é salvo nesse momento pela chegada do seu poderoso martelo, mas essa classe de juristas com tendências de poder, são deuses do que mesmo?

CONCLUSÃO

É possível concluir que a sétima arte, a produção do audiovisual, é uma leitura da realidade, não surge do nada, a imagem que o Poder Judiciário passa é muitas vezes demonstrado nas obras cinematográfico, nem vilão nem mocinhos, é um sistema complexo que precisa de melhoras como diminuir suas influências externas, o ser racismo estrutural, a

desigualdade de gênero, os privilégios e a necessidade de ordem e grandeza, entre outras, mas é necessário para defesa dos direitos de um estado democrático de direito como o Brasil.

REFERÊNCIAS

(NARCISO, Anderson, Doze Jurados: série da Netflix é baseada em fatos reais? - Mix de Séries).

(p.3) (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Curso de Dir. Constit.", 131 ed., 1984, Saraiva, pág. 243.)

Alfa, Buenos Aires, 1963 IX/63.

As mensagens secretas da Lava Jato. The Intercept Brasil. Disponível em: <<https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>>. Acesso em: 18 Dec. 2020.

DIREITO E POLÍTICA: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Rogério Bastos Arantes. RBCS Vol. 14 no. 39 fevereiro/99.

Direitos Fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5o da Constituição Federal de 1988. Front Cover.

DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA; CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO; R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 200: 1-19, abr./jun. 1995

DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA; CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO; R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 200: 1-19, abr./jun. 1995

Doze Homens e uma Sentença | Novo Portal TJMG, tjmg.jus.br, disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/doze-homens-e-uma-sentenca-1.htm#.X9vrylVKjIU>>, acesso em: 18 Dec. 2020.

Doze Jurados. Netflix.com. Disponível e <<https://www.netflix.com/br/title/81218903>>. Acesso em: 18 Dec. 2020.

HQ DRAGON. Thor - O Carniceiro dos Deuses - Capítulo 01 - HQ Dragons. [Hqdragon.com](http://hqdragon.com). Disponível em: <https://hqdragon.com/leitor/Thor_-_O_Carniceiro_dos_Deuses/01>. Acesso em: 16 Dec. 2020.

JUSTIÇA. Direção e produção de Maria Augusta Ramos. Documentário. Brasil: produção independente, 2004. 1 DVD (100 min). Ntsc, son., color. Port.

KENARIK BOUJIKIAN. Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever. Consultor Jurídico.

O Julgamento de Tóquio. Netflix.com. Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/title/80091880>>. Acesso em: 18 Dec. 2020.

Os 7 de Chicago. Netflix.com. Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/title/81043755>>. Acesso em: 18 Dec. 2020.

S. V. Linares Quintana, oh. e loc.

S.V. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia Del Derecho Constitucional" Ed. Supreme Court. 302 U.S. 445. 58 S.Ct. 309. 82 L.Ed. 352. UNITED STATES ex rel. WILLOUGHBY v. HOWARD et al. No. 30. Argued Nov. 10, 1937. Decided Jan.

Tocqueville, Alexis de. A Democracia na América. (1835-40) São Paulo: Edusp, 1977.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172

DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES: ENTRE A PRERROGATIVA E O PRIVILÉGIO

Bruno Rocha Pereira

1. INTRODUÇÃO

No âmbito das prerrogativas em função do cargo garantidas aos parlamentares – senadores, deputados e vereadores – muito se discute a respeito das imunidades materiais, espaço de expressão do ocupante do cargo no qual ele não pode ser juridicamente responsabilizado. É razoável e tem amparo com os paradigmas constitucionais o tratamento dado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)? Até onde chega à imunidade desse servidor?

Em se analisando a jurisprudência do STF, fica evidente um direcionamento majoritário nas decisões tomadas em seu domínio. Há uma leve mudança da Corte ao considerar passível de responsabilização dos membros das casas legislativas de qualquer um dos entes federados aquilo que for expresso por eles em vínculo com o exercício das funções como representante, já os discursos proferidos por eles dentro do espaço reservado à sua atuação institucional é protegido de maneira absoluta.

A unidade da Constituição Federal (CF) e o seu núcleo axiológico de proteção são elementos fundamentais da garantia do Estado Democrático de Direito. Assim, se se busca proteger de maneira sólida os direitos fundamentais do indivíduo e possibilitar a eficácia a esses direitos fundamentais, em cumprimento com os objetivos da república e no zelo pelos valores constituintes de uma ordem plenamente democrática, é necessário indagar qual o comportamento dos representantes da soberania popular enquanto exercentes dos seus deveres como servidores do povo, o que justifica o trabalho em desenvolvimento.

A finalidade maior do projeto aqui presente consiste em, após serem analisadas as decisões tomadas pela Suprema Corte, apresentar os seus equívocos e os possíveis problemas que delas podem emergir, avaliando, sobretudo, a problemática que acompanha a questão quanto à reserva da personalidade do indivíduo, bem como serão apresentadas novas possibilidades de tratamentos ao assunto, mais condizentes, defende-se, com a estrutura constitucional e o seus preceitos.

No primeiro tópico da discussão será levantada a análise doutrinária acerca das imunidades e como elas são pensadas pelo texto constitucional, diferenciando aquelas imunidades de tipo material de outras de tipo formal. Ou seja, nesse primeiro momento será realizado o exame da redação própria trazida pela Constituição no que trata aos dois tipos de

imunidades, dando, por óbvio maior relevância à inviolabilidade, buscando demarcar os limites interpretativos definidos pela CF.

Finalizado o momento anterior, o trabalho adentra em um novo debate, começando traçar as suas críticas e afirmar a sua posição. No segundo tópico, são discutidas as imunidades substancialmente, compreendendo o porquê da existência desse instituto e a sua importância na manutenção da representatividade popular e na construção da democracia liberal, realizando a sua crítica quanto ao abuso dessa prerrogativa para finalidades pouco éticas e antirrepublicanas, corrompendo o plano de atuação institucional.

Logo em seguida, finalmente, será demonstrado como em diversas situações a prerrogativa de imunidade material, adquirida pelos congressistas enquanto exercentes dos cargos, é absorvida pelo entendimento da Suprema Corte, averiguando a maneira a partir da qual ela é tratada, se é dado maior relevância à expressão – livre de qualquer impedimento – do parlamentar ou se ganha relevo ao longo da sua prudência a proteção de direitos fundamentais tal como a personalidade do indivíduo.

Portanto, corresponde ao interesse do trabalho analisar de modo crítico o instituto das imunidades parlamentares (remetendo-se às inviolabilidades e deixando de fora da discussão as imunidades formais) para se entender a sua importância e – concomitantemente – examinar se está esse instituto sendo corrompido pela *práxis* política habitual, fazendo-se necessária, igualmente, uma análise da estrutura jurisprudencial seguida pela Corte, a fim de cumprir o objetivo maior do projeto: apresentar novas possibilidades de trato do assunto.

2. DAS IMUNIDADES:

Os parlamentares (deputados e senadores) eleitos e diplomados para exercerem as posições às quais se candidataram estão submetidos – devido ao cargo que ocupam dentro da esfera de poderes da República – a um conjunto de regras definido pela própria Constituição, convencionalmente definido por *Estatuto dos Congressistas*.

Quanto a essas regras, é sabido que elas definem desde as incompatibilidades à perda de mandato dos parlamentares, tocando igualmente nas prerrogativas atinentes à posição que ocupam e ao exercício das suas atribuições. Tratar-se-á a respeito desta última categoria no momento, que constitui um elemento fundamental dentro do processo democrático e torna capaz o bom funcionamento do Poder Legislativo como instituição autônoma e independente²⁷.

No que diz respeito às prerrogativas, portanto, consistem como subespécies das prerrogativas parlamentares, necessariamente quatro: as imunidades, o privilégio de foro por

²⁷ Observa-se o magistério do professor Dirley da Cunha Jr.: “Destinam-se [as prerrogativas parlamentares] a assegurar a autonomia e a independência *funcional* dos parlamentares.”

prerrogativa da função, a isenção do serviço militar e, finalmente, a manutenção das prerrogativas durante os Estados de Exceção. O trabalho, no entanto, busca analisar tão somente aquela primeira prerrogativa supracitada: as imunidades parlamentares.

Dentro do regime constitucional brasileiro, são definidas como prerrogativas aquelas normas que conferem a determinadas categorias a possibilidade de agir, de se expressar e de serem tratados de uma maneira especial em relação a outras pessoas, de modo que não ofendem a legalidade, posto que estão permitidos a isso e os poderes públicos devem reconhecer essas possibilidades a tais cidadãos.

As prerrogativas analisadas neste trabalho dirão respeito àquelas normas que se dirigem aos parlamentares brasileiros (deputados e senadores) válidas para garantir a eficiência e a independência de suas ações perante o exercício do cargo, denominadas *imunidades parlamentares*.

Como se acabou de dizer, a pesquisa que se segue ficará restrita a somente uma delas, as *imunidades materiais*, ou *inviolabilidade*, porém, antes de adentrar na temática específica à qual compete o artigo, será feita, de maneira breve, uma diferenciação entre as *imunidades materiais* (conteúdo relevante para esta discussão) e as *imunidades formais*, bem como serão demonstradas a importância e a pertinência desses institutos logo no tópico subsequente.

Elas se classificam em duas: *imunidades materiais* e *imunidades formais* (definidas, ambas, ao longo do art. 53). Em se tratando daquelas primeiras segue-se o posicionamento do professor Dirley da Cunha Jr.: “a imunidade material tem o condão de elidir a criminalidade do fato, ou pelo menos, a responsabilidade do agente”. Ou seja, são as imunidades materiais – ou inviolabilidade – as prerrogativas que asseguram aos parlamentares nacionais, à Carlos Maximiliano, “a mais ampla liberdade da palavra, no exercício das suas funções, e os protege contra abusos e violência por parte dos outros poderes constitucionais”²⁸, ficando assim definido pelo texto constitucional: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (EC nº 35/2001)”

No que toca à imunidade formal, disposta nos parágrafos subsequentes ao *caput* do artigo referido acima²⁹, correspondem a elas prerrogativas tanto à prisão quanto ao processo

28

29 § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal; § 2º [...]; § 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação; § 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora; § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato; § 6º [...]; § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços

penal. Essas imunidades tratam da prisão em flagrante do parlamentar e ao processo criminal que venha sobre este representante popular incidir, entre os §§ 2º e 5º, no entanto, essas imunidades não estão no alcance dos objetivos desse trabalho; não devendo se prender a ele, por conseguinte.

Feita essa breve e necessária distinção – uma vez que se busca evitar confusões semânticas – cabe agora que se demonstre a essencialidade do instituto das *imunidades materiais*, matéria em análise pelo artigo. Decidiu-se por essa demonstração pois não se deve confundir a crítica aqui presente a uma corrente hermenêutica do instituto a uma desvalorização integral deste.

As imunidades possuem, sim, um valor de suma importância dentro do sistema republicano e democrático e devem ser protegidas quando em consonância com os princípios resguardos pelo Constituinte. A crítica que se fará e as mudanças propostas por esse texto buscarão reavaliar o entendimento majoritário dentro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visando, sempre, aos os próprios princípios e direitos fundamentais que norteiam e integram o corpo constitucional. Ou seja, o exame realizado não busca suprimir o instituto, mas harmonizá-lo com os objetivos e princípios fundamentais do texto magno, evitando que se torne um espaço para violações legais.

2.1 DA IMPORTÂNCIA DA *IMUNIDADE MATERIAL*:

Ao definir o art. 53 da CF e, por consequência, estabelecer a natureza da imunidade do parlamentar, não se pode negar que ao fazê-la o Constituinte, Originário ou Reformador (pela Emenda Constitucional 35/01) consagrou um elemento legítimo e necessário à redação da Carta que provará a sua importância neste momento.

Conforme doutrina consultada, atente-se ao seguinte posicionamento:

[...] é preciso observar, de início, ser intuitivo que a Constituição Federal, ao definir o rol de prerrogativas em favor dos parlamentares, o fez não em razão de um suposto prêmio especial às pessoas que pudessem alcançar esses cargos de destacada posição estatal, mas para assegurar a *plenitude* e total *independência* de seus titulares no exercício das funções inerentes aos referidos cargos³⁰

Ora, partindo do princípio da unidade da Constituição, constata-se que proteção da opinião, das palavras e dos votos é de fundamental importância para garantir a segurança do parlamentar no exercício do seu cargo. Preservando, assim, não somente a sua livre atividade, mas também a sua autonomia face aos outros poderes da República, bem como, e talvez mais

dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

³⁰ DA SILVA BELO, Eliseu Antônio, *Críticas ao Caráter Absoluto da Imunidade Parlamentar Material Brasileira*; Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 61, jul./set. 2016, http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1271410/Eliseu_Antonio_da_Silva_Belo.pdf

essencial ainda, a representatividade – expressão maior da soberania popular no contexto da democracia liberal³¹, exercida pelo sufrágio universal, pelo voto secreto e direto, com valor igual a todos³².

Observa-se também a posição de Gilmar Ferreira Mendes no que toca ao assunto debatido aqui e de importante contribuição para a análise feita, de igual sentido à posição deste *paper*: “A imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo”³³

Nesse sentido, vale dizer também que, partindo do princípio da isonomia, não há impedimento à norma em análise, isso porque – embora do ponto de vista formal o direito à igualdade pressuponha a igualdade de tratamento dado pela legislação e pela autoridade judicial, aos aplicadores da ordem legal, vedando a discriminação a qualquer sujeito – a isonomia não deve ser interpretada e pensada pela sistemática constitucional de maneira estrita.

Enuncia-se aqui a formulação de base aristotélica e tantas vezes reproduzidas de que a igualdade compreende o tratamento igual aos comuns e desigual aos não comuns, seja essa relação a nível econômico, físico, de gênero, entre outras relações desiguais por imanência. Assim, como reiteradas vezes decidiu o STF no Brasil³⁴, certos tratamentos desiguais dados pela lei são legítimos em virtude das situações concretas e complexas existentes e que, portanto, não podem ser vítimas de um reducionismo hermenêutico.

Celso Bandeira de Mello, em texto célebre, corrobora dizendo: “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”³⁵, uma discriminação, por conseguinte, legítima, devido à sua natureza, desde que “tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados pela Constituição”³⁶, sem que corrompa a *ratio* fundamentadora de *discrímen*³⁷.

Dessa maneira, é inegável a relevância da proteção do Constituinte às palavras, aos votos e às opiniões dos parlamentares, a fim de garantir a independência desses representantes frente a outros poderes e ao arbítrio de quaisquer seguimentos que busquem cessar a liberdade de expressão desses atores políticos. Entendimento aqui exposto que vai ao encontro de dois

³¹ Art. 1º da CF: “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: [...] *Parágrafo Único*: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de *representantes eleitos* ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (grifo nosso)

³² Art. 14: “A soberania popular será exercida pelo *sufrágio universal* e pelo *voto direto e secreto*, com *valor igual para todos*, e, nos termos da lei, mediante: (ECR nº 4/94 e EC nº 16/97). [...]” (grifo nosso)

³³

³⁴

³⁵

³⁶

³⁷

princípios fundamentais presentes já no início da redação constitucional, tanto o art. 1º, II quanto o inciso V do referido artigo, protegendo, assim respectivamente a cidadania e o pluralismo político³⁸, bem como os objetivos traçados pela CF de construção de uma sociedade livre³⁹.

Assim, comprova-se a importância das imunidades materiais na prática da legislatura, a sua harmonia com o corpo constitucional e, finalmente, a sua necessidade na concretização dos fundamentos estabelecidos pela Carta da República. Por essas razões, como já foi dito, as críticas aqui realizadas buscarão aprimorar esse instituto tão essencial ao exercício da democracia para que ele não seja corrompido e transformado em privilégio – no seu sentido mais negativo – mas sem pensar, sob nenhuma hipótese, a sua abolição.

3. DO ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO NO STF

As decisões tomadas pelo STF desde a promulgação da Constituição de 1988 têm tomado, em sua maioria, um posicionamento muito semelhante a respeito dessa matéria.

De modo genérico, é possível afirmar que as decisões tendem: a) a afastar a interpretação literal e reservar a imunidade somente às expressões dos parlamentares que guardem nexos com o exercício do cargo; (b) e a reservar a inviolabilidade do discurso (imunidade, portanto, absoluta) ou do voto proferido nas casas legislativas, cabendo a estas fiscalizar a atividade dos seus atores quando no recinto, por sua natureza *interna corporis*.

Existem diversos julgados nesse sentido na jurisprudência da Corte em relação à matéria. Serão eles analisados agora; como exemplo desse entendimento seguido há muito pela Augusta Corte, então, observa-se o seguinte julgado – em que o STF negou a denúncia ao então deputado no qual ficam bem expressas as linhas seguidas pelo tribunal:

EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA QUE FAZ IMPUTAÇÃO A PARLAMENTAR DE PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HONRA, COMETIDOS DURANTE DISCURSO PROFERIDO NO PLENÁRIO DE ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA E EM ENTREVISTAS CONCEDIDAS À IMPRENSA. INVIOLABILIDADE: CONCEITO E EXTENSÃO DENTRO E FORA DO PARLAMENTO. A palavra "inviolabilidade" significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo. O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada "conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar" (INQ 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não

³⁸ Art. 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: [...] II—a cidadania; [...] V—o pluralismo político.

³⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I—construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]

cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa. No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material. Denúncia rejeitada. (Inq 1.958, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 18-02-2005 PP-00033 EMENT VOL-02180-01 PP-00068 RTJ VOL-00194-01 PP-00056)

Como fica claro na ementa do processo acima, a denúncia feita sobre deputado estadual fora rejeitada em virtude de seus atos, embora guardassem plena ligação com o exercício das suas funções como parlamentar, terem sido praticados no espaço da casa legislativa, argumentando que tal rejeição deve-se à necessidade de proteger o mandato do parlamentar. Além disso, decidiu-se estender a imunidade a entrevistas concedidas.

Na mesma decisão mencionada, o então ministro Sepúlveda Pertence disse no seu voto, reforçando a decisão tomada, que “em matéria de discurso parlamentar estamos no campo da inviolabilidade tradicional, clássica, *não cabe indagar do conteúdo*”, bem como a maioria dos ministros presentes no plenário àquela situação votaram indo de encontro à posição do relator Carlos Velloso.

A mesma linha de raciocínio foi adotada em outro julgamento, Inq. 2.295. na ementa do processo que julgava a possível violação do então deputado federal Júlio César dos Santos:

EMENTA Inquérito. Deputado Federal. Julgamento iniciado. Término do mandato eletivo. Prosseguimento nesta Suprema Corte. Arquivamento. Imunidade parlamentar reconhecida. Precedentes. 1. Uma vez iniciado o julgamento de Parlamentar nesta Suprema Corte, a superveniência do término do mandato eletivo não desloca a competência para outra instância. 2. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, as circunstâncias dos autos revelam a presença da necessária conexão entre os fatos relatados no inquérito e a condição de parlamentar do investigado, a ensejar o reconhecimento da imunidade material (art. 53 da Constituição Federal). 3. Inquérito arquivado. DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-01 PP-00184

Havendo apenas alguns detalhes no processo em relação à competência de julgar do Superior Tribunal Militar, o âmago da questão segue o mesmo: os limites da imunidade parlamentar. Nesse derradeiro julgado a posição permanece a mesma, como já se anunciara, arquivando o processo em razão da condição do deputado à época do fato, destacando a imunidade das suas expressões verbais devido ao cargo exercente no momento.

Muitos outros processos repetem a interpretação aqui exposta do dispositivo em análise, porém se faz necessária uma reflexão a respeito de tal tratamento dado pela Corte aos processos que envolvam a inviolabilidade do parlamentar, pois em diversas situações esse instituto de qualidade e relevância significativas para o Estado de Direito e para a democracia são abusados e se convertem em garantia excessiva, a fim de se impedir a responsabilização dos deputados e senadores por atos incompatíveis com seu cargo.

O parlamentar, então, se veste com o “manto” do cargo que possui e passa a indiscriminadamente proferir agressões ou acusações graves que ferem toda a personalidade do indivíduo por ele agredido – em pronunciamentos que nada dizem respeito ao exercício do seu cargo, vez que são de caráter meramente pessoal –, restando impune em razão do serviço que ele presta à sociedade como representante da soberania popular. Seja em sede parlamentar, seja fora deste espaço, há uma corrente no STF que tende a dar forte proteção às expressões desses indivíduos, repetindo os seus fundamentos.

Diversas decisões repercutem essa linha raciocínio seguida pelo Pretório Excelso: às expressões externas à sede do parlamento, protegidas estão aquelas relacionadas ao exercício do cargo e à condição de representante; às proferidas dentro da sede parlamentar, protege-se qualquer que seja ela, havendo ou não conexão com o exercício da sua função, ou seja, lhe é dado caráter absoluto.

Diversos julgados seguem essa posição, conforme fora pesquisado para a realização deste trabalho, vide RE 576.074, RE 606.451, RE 501.555, Inq. 2.915. Já em outras decisões, como o Inq. 2.332, percebe-se que a linha seguida por alguns ministros sofrera algumas alterações: passaram eles a entender que o parlamentar, onde quer que averbe, só se encontraria protegido se às suas palavras houver conexão com o exercício do seu mandato, alterando a visão de que ele possuiria proteção completa onde quer que se encontre; mantendo, porém, a inviolabilidade absoluta para quando no interior da sede legislativa.

Este último inquérito será analisado logo adiante no tópico seguinte, na parte derradeira deste desenvolvimento e na qual será expressa a posição do artigo – segundo a qual, entende-se, deveriam as decisões da instância judiciária superior seguir. Um posicionamento que vai de encontro às decisões que dão caráter absoluto à inviolabilidade (tratadas na parte que se encerra), visto que, para o ocupante do cargo esteja protegido, há de haver um nexo causal entre as suas atitudes e o posto por ele exercido quanto representante.

4. DA POSIÇÃO DO ARTIGO

Partindo agora para a posição própria o artigo em desenvolvimento, serão apresentados julgamentos e doutrinas que favorecem a busca por um nexo lógico entre a conduta do parlamentar e aquilo que por ele fora expressado, indagando se há uma precisa conexão de um em relação ao outro onde quer que se situe o legislador no momento do fato ilícito. Esse último posicionamento fica explícito no Inq. 2.332, mencionado anteriormente, ementado da seguinte forma:

EMENTA: QUEIXA-CRIME - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA PEÇA ACUSATÓRIA - POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA - COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DELEGOU, VALIDAMENTE, EM SEDE REGIMENTAL (RISTF, ART. 21, § 1º) - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE - PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSA DELEGAÇÃO REGIMENTAL - EXTINÇÃO DA “PERSECUTIO CRIMINIS” PELO RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, DA IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL - INVIOLABILIDADE COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E/OU CIVIL DO CONGRESSISTA - NECESSIDADE, PORÉM, DE QUE OS “DELITOS DE OPINIÃO” TENHAM SIDO COMETIDOS NO EXERCÍCIO DO MANDATO LEGISLATIVO OU EM RAZÃO DELE - INDISPENSABILIDADE DE OCORRÊNCIA DO NEXO DE IMPLICAÇÃO RECÍPROCA - EXISTÊNCIA, NO CASO, DE REFERIDO VÍNCULO CAUSAL - SUBSISTÊNCIA DESSE ESPECÍFICO FUNDAMENTO, APTO, POR SI SÓ, PARA TORNAR INVIÁVEL A PERSECUÇÃO PENAL CONTRA MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. “A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, “caput”) - que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo - somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (“locus”) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa legislativa), nas hipóteses específicas em que as suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática “in officio”) ou tenham sido proferidas em razão dela (prática “propter officium”). Doutrina. Precedentes. - A prerrogativa indisponível da imunidade material - que constitui garantia inerente ao desempenho da função parlamentar (não traduzindo, por isso mesmo, qualquer privilégio de ordem pessoal) - estende-se a palavras e a manifestações do congressista que guardem pertinência com o exercício do mandato legislativo. - A cláusula de inviolabilidade constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, (1) as entrevistas jornalísticas, (2) a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casa [...]

De igual modo, corroborou esse entendimento a PET 5.705 de relatoria do Min. Luís Fux, na qual se observa:

PENAL. QUEIXA-CRIME. DIFAMAÇÃO. DOLO. ANIMUS DIFAMANDI. DELITO, EM TESE, CONFIGURADO. QUEIXA-CRIME RECEBIDA. [...] 6. (a) A imunidade parlamentar material cobra, para sua incidência no momento do recebimento da denúncia, a constatação, primo *ictu oculi*, do liame direto entre o fato apontado como crime contra a honra e o exercício do mandato parlamentar, pelo ofensor. 7. A liberdade de opinião e manifestação do parlamentar, *ratione muneris*, impõe contornos à imunidade material, nos limites estritamente necessários à defesa do mandato contra o arbítrio, à luz do princípio republicano que norteia a Constituição Federal. [...]

Ambas as decisões, portanto, possuem o mesmo teor quanto ao conteúdo decisório. Vê-se nas duas que fica garantida a imunidade material quando se for observado o nexo de causalidade tão quisto neste projeto presente e de necessária existência para o uso não fisiológico e desvirtuado da prerrogativa que possuem esses parlamentares, seja no espaço físico das dependências da Câmara Legislativa, seja em ambiente externo onde as palavras

tenham sido recordadas. O presente trabalho busca justamente essa orientação, trazida pelas decisões e posicionamentos acima.

Há de ser citado, no entanto, algumas decisões que dão a falsa impressão de impedirem o caráter absoluto das imunidades parlamentares. Admitem essas decisões que no interior da Casa parlamentar não há necessidade dialética prudencial entre as palavras proferidas e a compatibilidade destas com o cargo que ocupa. Observa-se, por exemplo, o seguinte caso, o Inq. 3.932, levantado no qual um então Deputado Federal ofendeu com adjetivos agressivos, violentos e misóginos uma outra Deputada no recinto da Câmara Legislativa:

EMENTA: PENAL. DENÚNCIA E QUEIXA-CRIME. INCITAÇÃO AO CRIME, INJÚRIA E CALÚNIA. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE PELO ACUSADO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. INCIDÊNCIA QUANTO ÀS PALAVRAS PROFERIDAS NO RECINTO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ENTREVISTA. AUSENTE CONEXÃO COM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUANTO AOS DELITOS DE INCITAÇÃO AO CRIME E DE INJÚRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E REJEIÇÃO PARCIAL DA QUEIXA-CRIME, QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA.

[...] 13. *In casu*, (i) a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que “não estupraria” Deputada Federal porque ela “não merece”; (ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente e acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet [...] 15. (i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas do recinto da Câmara dos Deputados: “Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar” (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014). (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar.

Embora neste caso não tenha o STF considerado legítimo o uso da imunidade parlamentar, e, portanto, não tenha ela sido utilizada como um artifício fisiológico de livramento da responsabilidade do autor do fato, observa-se que na decisão que se é mantido o pressuposto segundo o qual as palavras irrogadas nos limites físicos do parlamento estão sob proteção absoluta da imunidade dos parlamentares eleitos. Assim, concorda-se apenas parcialmente com a decisão acima, posto que não há de ser rejeitado aos incidentes ocorridos no interior da Casa o necessário nexo causal.

Em sentido contrário a essas proteções absolutas, a decisão do Inq. 7.174, de relatoria do Min. Marco Aurélio, se identifica e possui grande semelhança em relação àquilo que se busca neste trabalho: a afirmação da necessidade de haver um nexo causal entre as palavras proferidas dentro e fora do Parlamento. Nele, houve pedido de vista do Min. Luís Roberto Barroso, o qual, de maneira célebre, argumentara da seguinte forma, observe-se:

PENAL. CONSTITUCIONAL. QUEIXACRIME. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. INVIOABILIDADE PARLAMENTAR. LIMITES. ABUSO DE DIREITO. DELITO EM TESE CONFIGURADO. QUEIXACRIME RECEBIDA.

“1. (a) A imunidade material ou inviolabilidade parlamentar, prevista no caput do art. 53 da Constituição Federal, constitui garantia essencial à existência do regime democrático, sem a qual a representação popular e a independência do Poder Legislativo restam fatalmente comprometidas.

(b) A imunidade material de parlamentares, porquanto instrumento garantidor do exercício independente da representação popular, pertencente ao próprio povo soberano representado nas Casas Legislativas, não devendo se convolar em mero privilégio atribuído a determinado grupo de pessoas, em ofensa ao princípio da isonomia.

(c) A inviolabilidade parlamentar deve ser interpretada à luz de sua teleologia constitucional, sob pena de desvirtuamento do instituto e transmutação em fator de impunidade. Conseqüentemente, a imunidade material protege o parlamentar sempre que sua manifestação guardar relação com o exercício da função. Por outro lado, nada justifica a incidência da prerrogativa em caso de evidente abuso.

2. (a) A natureza absoluta conferida à imunidade material, vinculada unicamente ao *locus* da manifestação - o interior do recinto da Casa Parlamentar (paradigma de Blackstone) -, está a merecer revisitação.

(b) O critério meramente geográfico de incidência da inviolabilidade não se revela adequado ao contexto hodierno, de ampla difusão dos meios de comunicação de massas, no qual os debates e manifestações proferidas no interior das Casas Parlamentares são transmitidas, inclusive ao vivo, pela televisão e pela internet, podendo ser compartilhadas nas redes sociais tanto pelos parlamentares como por terceiros, correligionários ou não.

(c) Ante o contexto tecnológico atual, a manifestação do parlamentar acobertada pela imunidade material há de ter necessariamente nexos de implicação recíproca com o exercício do mandato, onde quer que seja proferida.

(d) Necessário, contudo, para evitar limitação inconstitucional à liberdade no exercício do mandato, estabelecer balizamentos objetivos que delimitem o espaço de não incidência da imunidade material quando a manifestação ocorra no recinto do Parlamento [...]”

Interessante notar que ao longo do seu voto – ao qual a maioria dos ministros da turma presente se manifestaram a favor – atentou para os modelos decisórios supramencionados que anulam a necessidade de consecução lógica no que tange às manifestações havidas no interior das Casas – embora ressalte não haver necessidade em a discussão ser levada mais a frente em função das especificidades do caso concreto:

[...] 8. A inviolabilidade, civil e penal, dos deputados e senadores, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (CF, art. 53, caput) tem por objetivo garantir aos parlamentares a plena liberdade de expressão política. É um instituto importantíssimo, que assegurou o avanço da democracia representativa no mundo.

9. Inicialmente é preciso dizer que, na jurisprudência do STF, subsiste a distinção entre ofensas proferidas dentro e fora da casa Legislativa: em relação àquelas, a imunidade seria absoluta; em relação a estas, exige-se nexos de implicação entre as declarações delineadoras dos crimes contra a honra e o exercício do mandato [...]

10. Tenho reservas sobre o caráter absoluto da imunidade relacionada às declarações proferidas somente no Congresso, mas, no caso concreto, não é necessário superar a jurisprudência.”

Luís Fux, logo adiante em pedido de vista (seguindo a orientação do Min. Luís Roberto Barroso), faz ainda considerações fundamentais ao se referir ao contexto digital contemporâneo. Observa ele que a presença ou não do representante em âmbito legislativo físico não possui maiores sentidos hoje, uma vez que, com o acesso em massa e a acessibilidade

dos veículos móveis de acesso à internet, os discursos que antes ficavam restritos ao espaço físico agora são amplamente acessíveis nessas plataformas:

PENAL. CONSTITUCIONAL. QUEIXACRIME. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. INVIOABILIDADE PARLAMENTAR. LIMITES. ABUSO DE DIREITO. DELITO EM TESE CONFIGURADO. QUEIXACRIME RECEBIDA

[...] (b) A imunidade material de parlamentares, porquanto instrumento garantidor do exercício independente da representação popular, pertencente ao próprio povo soberano representado nas Casas Legislativas, não devendo se convolar em mero privilégio atribuído a determinado grupo de pessoas, em ofensa ao princípio da isonomia.

(c) A inviolabilidade parlamentar deve ser interpretada à luz de sua teleologia constitucional, sob pena de desvirtuamento do instituto e transmutação em fator de impunidade. Conseqüentemente, a imunidade material protege o parlamentar sempre que sua manifestação guardar relação com o exercício da função. Por outro lado, nada justifica a incidência da prerrogativa em caso de evidente abuso. [...]

[...] 2. (a) A natureza absoluta conferida à imunidade material, vinculada unicamente ao locus da manifestação - o interior do recinto da Casa Parlamentar (paradigma de Blackstone) -, está a merecer revisitação.

(b) O critério meramente geográfico de incidência da inviolabilidade não se revela adequado ao contexto hodierno, de ampla difusão dos meios de comunicação de massas, no qual os debates e manifestações proferidas no interior das Casas Parlamentares são transmitidas, inclusive ao vivo, pela televisão e pela internet, podendo ser compartilhadas nas redes sociais tanto pelos parlamentares como por terceiros, correligionários ou não.

(c) Ante o contexto tecnológico atual, a manifestação do parlamentar acobertada pela imunidade material há de ter necessariamente nexos de implicação recíproca com o exercício do mandato, onde quer que seja proferida

(d) Necessário, contudo, para evitar limitação inconstitucional à liberdade no exercício do mandato, estabelecer balizamentos objetivos que delimitem o espaço de não incidência da imunidade material quando a manifestação ocorra no recinto do Parlamento.”

Analisados esses julgados, os quais adotam a posição buscada no decorrer do artigo, cabe agora ao domínio deste demonstrar o entendimento doutrinário em direção a esse tipo de tese. Diversos autores já enxergam o grau fisiológico, pouco ético e antirrepublicano em que a interpretação do dispositivo presente no *caput* do art. 53 esbarrou, uma atitude hermenêutica de pouco sentido se analisada a teleologia constitucional e a própria unidade do corpo jurídico-normativo maior.

Cumprido destacar a posição de Gilmar Ferreira Mendes no que diz respeito ao tema, o qual, de maneira direta e clara, parte do caráter substancialmente democrático e republicano das prerrogativas:

A imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo. [...] A imunidade tem alcance limitado pela própria finalidade que a enseja. Cobra-se que o ato, para ser tido como imune à censura penal e cível, tenha sido praticado pelo congressista *em conexão com o exercício do seu mandato*.

Ou seja, a sua interpretação do dispositivo em estudo busca garantir a abrangência do instituto para quando ele estiver de acordo com os princípios norteadores do texto constitucional. Dirley da Cunha, em sentido idêntico, assevera na sua doutrina:

A imunidade material tem o condão de elidir a criminalidade do fato ou, pelo menos, a responsabilidade do agente. É causa de exclusão de tipicidade do fato que pressupõe o exercício do mandato parlamentar e só alcança as manifestações dos parlamentares que guardassem nexos com o desempenho das funções, independente do local de suas manifestações. Assim, a imunidade material, conquanto se apresente como uma importante garantia constitucional parlamentar destinada a viabilizar o exercício do independente do mandato representativo, *não é absoluta*, pois somente se verifica nos casos em que a conduta possa ter alguma relação com o exercício do mandato parlamentar. Isto é, somente protege o membro do Congresso Nacional, qualquer que seja o âmbito espacial (*locus*) em que este exerça a liberdade de opinião (ainda que fora do recinto da própria Casa Legislativa), nas hipóteses específicas em que suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa (prática *in officio*) ou tenham sido proferidas em razão dele (prática *propter officium*).

Em ambas as doutrinas citadas anteriormente, há o reconhecimento – como também fizera este trabalho – de que reiteradas vezes o STF tendeu a ofertar garantia absoluta às manifestações havidas na sede legislativa, embora as duas considerem esta opinião equivocada ao levantarem a necessidade de conexão da atitude com cargo ocupado. O posicionamento de Eliseu Belo, em artigo já mencionado por aqui, por exemplo, é bastante direto à questão acima no que toca o assunto ao se referir à inviolabilidade dos representantes da soberania popular quando estão eles na circunscrição física do Parlamento:

[...] Se as ofensas verbais assacadas nessas situações não são abrangidas pela imunidade parlamentar material, justamente por não terem a mínima relação com o exercício do respectivo mandato, será que constituiria uma razão suficiente para a incidência dessa imunidade, sob o ângulo do princípio da isonomia, a mera circunstância de essas mesmas ofensas serem externadas de dentro do recinto do Parlamento? Entendemos que não, por um singelo motivo: o espaço físico em que instalado o Parlamento, por si só, não tem o condão de realizar o elo jurídico – que deve ser sempre averiguado pelo Poder Judiciário – entre essas ofensas e o exercício do mandato eletivo.

Prossegue ele chamando atenção para a possibilidade de conciliação entre os princípios fundamentais, citando Marlmstein, em acordo com a teoria de Robert Alexy:

[...] Nesse sentido, o próprio STF já deixou registrado que: ‘A jurisprudência desta Corte consagrou o entendimento de que o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações (art. 5º, XII, da CF) não é absoluto, podendo o interesse público, em situações excepcionais, sobrepor-se aos direitos individuais para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para acobertar condutas criminosas’. Esse mesmo entendimento – que reprime, de forma correta e justa, eventuais abusos cometidos pelos titulares de direitos fundamentais – não pode deixar de ser aplicado no caso de abusos eventualmente praticados pelo parlamentar ao externar suas opiniões, palavras e votos, ainda que o faça dentro do recinto do respectivo Parlamento, sob pena de se admitir a transformação de uma prerrogativa institucional em odioso e lamentável privilégio, pois, como se sabe, ‘o que a Constituição proíbe não é o tratamento diferenciado em si, mas o tratamento discriminatório destituído de justificativa constitucionalmente aceitável’.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, traz, de maneira oportuna, no seu voto rememorado acima elementos da doutrina espanhola, em análise de direito comparado. Em suas palavras, faz ele referência ao seguinte trecho da doutrina de Francisco Fernandez Segado no que tange o tema:

La doctrina española, proclive de modo casi unánime a la más estricta comprensión de la prerrogativa, en perfecta sintonía con la posición asimismo dominante entre la literatura jurídica foránea, se ha mostrado partidaria de delimitar esas declaraciones de juicio o de voluntad cubiertas por la garantía de la inviolabilidad, al considerar que la actuación del parlamentario en el ejercicio regular de sus funciones, para la formación de la voluntad de la Cámara, debe inscribirse en el procedimiento constitucional y reglamentariamente establecido. Ello entraña que aunque nuestra Constitución, a diferencia de otros códigos políticos (como el alemán o el griego), no establece expresamente ninguna limitación, es evidente que la inviolabilidad está sujeta a límites. En ella, por ejemplo, no pueden encontrar amparo ni las calumnias, ni las injurias, ni conceptos ofensivos contra personas o instituciones, ni la apología para la comisión de delitos, pues tales manifestaciones mal pueden contribuir al ejercicio de las funciones parlamentarias

Fica evidente que ocorre no caso brasileiro a mesma situação evidente no exemplo espanhol, não existe no sistema jurídico nacional delimitações expressas, claras e objetivas, tanto no âmbito constitucional quanto na esfera infraconstitucional. Porém, como traz o autor, não há razoabilidade em afirmar – a partir do entendimento teleológico e unitário do corpo constitucional – o caráter absoluto da imunidade parlamentar material.

Por derradeiro, finalizando esta sessão do *paper*, faz-se menção à crítica de Enéias Xavier Gomes, o qual propõe uma interpretação do artigo a partir da zetética kelseniana. De modo metucioso, compreendendo as dimensões políticas e jurídicas do instituto, retoma ele a discussão presente nas contribuições teóricas do autor austríaco, as quais não se prendem ao horizonte normativo do debate e extrapolam os limites da ciência política e da filosofia do Estado, salientando a necessidade de controle dos atos e palavras dos parlamentares por outro órgão da República. Lê-se:

Neste diapasão, Kelsen defendia a criação de uma organização partidária mais rígida, admitindo a ideia de “[...] um controle permanente dos deputados por um grupo de eleitores organizados em partido político”. Acreditava que a irresponsabilidade dos parlamentares perante seus eleitores era uma das principais causas da aversão à instituição parlamentar. Salientava o autor: ‘A irresponsabilidade do deputado diante de seus eleitores, que é indubitavelmente uma das causas principais da aversão hoje dominante contra a instituição parlamentar, não é de modo algum, como mostrou acreditar a doutrina do direito público do século XIX, um elemento essencial e inseparável do sistema parlamentar, e já em algumas instituições vigentes há, a esse respeito, tentativas dignas de consideração e capazes de um desenvolvimento posterior’.

Logo adiante, traz o autor uma segunda passagem do artigo intitulado *Essência e Valor da Democracia*:

Enfim, é de todo inadmissível em nossos dias o costume de reprimir apenas com os meios disciplinares destinados à manutenção da ordem interna da Câmara, como a

chamada 'à ordem' ou 'ao fato', verdadeiros delitos de que os deputados se tornam culpados durante um discurso parlamentar, sob pretexto de que foram cometidos no exercício das suas funções.

E segue:

O autor, radicalmente contrário às imunidades no Estado moderno, demonstrava a impossibilidade de o próprio parlamento julgar seus membros, defendendo o julgamento por um tribunal independente ou até mesmo pelo próprio partido.

Fica, portanto, compreendida toda a dimensão do problema, do seu ponto de vista político, jurídico e ético. Feita, igualmente, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina no trato da questão, pode ser realizada, agora, uma conclusão a respeito do uso desse instituto pela práxis política e jurídica nacional e alçar novas perspectivas para um tratamento mais adequado e razoável do tema.

DESREGULAMENTAÇÃO DOS MINISTROS DE ESTADO TRAZ INSEGURANÇA AO PRÓPRIO PODER EXECUTIVO

*Antônio Roberto Leite Matos Júnior
Daniel Araújo Pinto
Guilherme Lima Escariz*

1. INTRODUÇÃO

75

Os ministérios que compõem o Governo Federal, surgiram ainda no Império do Brasil, o imperador Dom Pedro I criou em 3 de Julho de 1822 o Ministério da Justiça, com nome de Secretaria de Estado de Negócios da Justiça. Através do Decreto Imperial nº 523 de 20 de Julho de 1847, Dom Pedro II instaurou o cargo que equivale ao de primeiro-ministro. O Poder Executivo, que era exercido pelo presidente do Conselho de Ministros, estava subordinado ao Poder Moderador, que era exercido pelo Imperador em acordo com o resultado das eleições para a Câmara dos Deputados. O partido político que vencesse as eleições (Partido Liberal ou Partido Conservador) organizava o Gabinete de Ministros.

O Gabinete do Império do Brasil foi o conjunto dos Ministros de Estado durante o Segundo Reinado do Império do Brasil. Era composto pelo Presidente do Conselho de Ministros e os demais Secretários de Estado, são eles: Negócios do Império; dos Negócios Estrangeiros; dos Negócios da Fazenda; dos Negócios da Justiça; dos Negócios da Guerra; dos Negócios da Marinha e dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. A duração dependia do respaldo que o mesmo tinha na Câmara dos Deputados e do apoio do Imperador. Se a Câmara dos Deputados se incompatibilizasse com o Gabinete, cabia ao Imperador ou dissolver o Gabinete ou dissolver a Câmara.

O presidente do Conselho de Ministros era o cargo para o dirigente do Poder Executivo no Brasil, no Segundo Reinado do Império do Brasil, de 1847 até 15 de novembro de 1889, quando foi proclamada a República, e desde então, o presidente do Brasil é quem faz a indicação para o cargo de ministros de Estado.

A indicação é feita mediante a confiança do chefe do executivo, se dá sem concurso público sendo cargo de livre nomeação e exoneração que compete ao Presidente, assegurado pelo Art. 84, inciso I. Devendo obedecer a exigências que não possuem qualquer ordem técnica, são requisitos para o cargo: A nacionalidade brasileira originária ou derivada, exceto pelo Ministro da Defesa que deve ser brasileiro nato (exigência disposta no Art. 12, §3º, inciso VII); Idade mínima de 21 anos; Estar em gozo pleno dos direitos políticos.

Por conseguinte, os Ministros de Estado num governo presidencialista funcionam como auxiliares do Presidente da República, garantido de forma expressa nos Artigos 76 e 84,

inciso II da Constituição Federal de 1988. Conforme o Art. 84, inciso VI, são eles, individualmente, titulares de cada uma das pastas dos Ministérios, sendo criados e organizados por meio de decreto presidencial, tendo sua criação e extinção reguladas pela Lei nº 8.490/92 e respondendo ao chefe do Poder Executivo por todos os atos praticados em serviço.

Os Ministérios fazem parte da Administração Pública Direta, regulamentado pela Lei nº 9.649/98, de forma que a competência dos Ministros se apresenta em texto constitucional no Art. 87, são elas:

Exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar atos e decretos assinados pelo Presidente da República; Expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; Apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; Praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

É de peremptória importância destacar a participação de alguns ministros na formação de dois órgãos consultivos para auxiliar o Presidente da República, esses são os Conselhos da República, previsto nos Artigos 89 e 90, e o de Defesa Nacional, no Artigo 91. São órgão opinativos que formam um parecer para a decisão ser tomada em maior segurança, em casos urgentes e excepcionais podem ser ouvidos posteriormente para que a decisão obedeça a Carta Magna, que prevê a convocação obrigatória.

Conselho da República tem a função de funcionar como órgão consultivo do Presidente da República nos assuntos relacionados com intervenção federal, estado de sítio, estado de defesa e estabilidade das instituições democráticas. Contam com a presença do Ministro da Justiça, além de outros oficiais, e são regulados pela Lei nº 8.041/90 conforme o Art. 82, §2º da Constituição.

O Conselho de Defesa Nacional tem a função de funcionar como órgão consultivo do Presidente da República nos assuntos relacionados com a Soberania Nacional e a defesa do Estado democrático. Os pareceres do Conselho de Defesa Nacional devem levar em conta a segurança da fronteira terrestre, do mar territorial, do espaço aéreo e de outras áreas indispensáveis à defesa do território nacional. Além do Ministro da Justiça, nesse conselho, estão presentes o Ministro de Estado da Defesa, Ministros das Relações Exteriores e Ministro do Planejamento, além dos demais oficiais, sendo regulado pela Lei nº 8.183/91, conforme o Art. 91 §2 e 84, inciso XVIII.

2. DESENVOLVIMENTO

Para poder ocupar o cargo de chefe de um Ministério no Brasil não existem muitas exigências. Como foi exposto na Introdução, basta ser brasileiro, com mais de 21 anos e estar com pleno gozo dos direitos políticos. Como também foi destacado, a função exercida por esses

agentes públicos é de auxiliar o Presidente na gestão de pastas específicas do Governo. Por isso, destaca-se a definição do papel dos Ministros elaborada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Seu papel político é, em geral, o de auxiliares graduados do chefe de governo, a quem devem assessorar e aconselhar” (GONÇALVES, Manuel).

Nesse sentido, não é necessária nenhuma qualificação para ser convidado a exercer um cargo de Ministro de Estado. Por isso, é importante destacar que, no Brasil, o Presidente possui poderes ilimitados no que tange a escolha daqueles que vão lhe auxiliar na administração pública, diferentemente de outros países que adotam também o sistema presidencialista, como destaca o professor Dirley da Cunha Júnior:

Em face da Constituição de 1988, os Ministros de Estado são livremente nomeados e exonerados pelo Presidente da República, não dependendo a sua investidura de qualquer autorização parlamentar. A Constituição fez a opção de não submeter a nomeação dos Ministros de Estado à prévia aprovação do Congresso Nacional, ao contrário de outros países. Nos EUA, por exemplo, a nomeação dos Ministros de Estado depende de prévia aprovação do Congresso. Mas essa dependência do Congresso, não retira do Presidente da República o poder de dirigir a Nação, tampouco atribui aos Ministros de Estado o Poder de Governar o País. É histórico o episódio que envolve o Presidente Lincoln, que reuniu todos os seus Secretários de Estado (são os Ministros) que se manifestaram contra a sua opinião. Ele concluiu o debate com as seguintes palavras: “sete *não* e um *sim*; o *sim* prevalece”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley).

Dessa forma, o Congresso norte-americano exerce um controle sobre os indivíduos nomeados para exercer as funções de Ministros de Estado, o que denota uma maior harmonia entre o sistema de tripartição dos poderes, visto que o Legislativo exerce um controle sobre possíveis excessos do Executivo.

Por isso, é possível comparar o sistema norte-americano ao sistema brasileiro na escolha de Ministros para o Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, a partir dos critérios pré-estabelecidos como: ter entre 35 e 65 anos, reputação ilibada, seguir carreira jurídica e notório saber na área, o Presidente da República indica um nome para ocupar o cargo. Após a indicação presidencial, o nome ainda precisa de uma aprovação formal pelo Senado Federal. Apenas após a aprovação do Senado, o Presidente pode assinar um Decreto nomeando o indivíduo para o cargo de Ministro do STF.

O presente trabalho acredita que a nomeação para Ministro de Estado deva seguir ritual semelhante ao de nomeação para Ministro do Supremo Tribunal Federal. A função primordial para nomeação de Ministro de Estado é auxiliar o Presidente na gestão pública e a sua permanência no cargo não é permanente.

Dessa forma, os impactos que um Ministro de Estado causam na sociedade brasileira são temporários e esses são ajustados e controlados pelo representante do povo eleito para governar o país. Porém, apesar disso, é importante que o Presidente, esfera Federal, os governadores, em seus Estados e os Prefeitos em seus Municípios, tenham que buscar uma

aprovação de seus Ministros ou Secretários, tendo em vista que esses não foram eleitos pelo povo e terão um impacto direto na sociedade.

Também é importante ressaltar que não é porque um Ministro de Estado foi indicado pelo Presidente que ele só pode ser retirado da função pelo mesmo. Em casos de Crime de Responsabilidade, o Ministro é imputado do cargo conforme o artigo 102 da CF/88 prevê. Contudo, até ser comprovado o crime, o período de gestão temerária é extremamente perigoso para sociedade. Uma gestão ruim é capaz com acabar com anos de um bom trabalhos em determinada pasta.

Por isso, entende-se que é necessária a criação de uma norma que regule a nomeação de Ministros de Estado, de modo que sejam estabelecidos, ao menos, critérios básicos para determinados cargos, como, por exemplo, notável e comprovada experiência na área da educação para o Ministro da Educação, bem como uma aceitação do Congresso. Com isso, seria possível evitar com que indivíduos sem capacitação assumissem pastas de Ministérios na esfera Federal e que, na esfera Municipal ou Estadual, Secretários fossem nomeados sem possuir aptidão para estar em determinado cargo público e comprometessem as gestões em determinadas pastas.

2.1 O USO DE CARGOS PÚBLICOS PARA O BENEFÍCIO DE DETERMINADOS INDIVÍDUOS

Além do problema de uma ausência de capacitação de Ministros de Estados e Secretários de Municípios ou de estados da federação, o Brasil ainda sofre com o problema da indicação de pessoas à cargos públicos por conta de negociações políticas, ou para concessão privilégios do cargo a determinadas pessoas.

É importante ressaltar, nesse ponto, que todas as vezes que existe uma nomeação em que o objetivo é privilegiar determinado indivíduo ou grupo político, o Princípio da Impessoalidade na Administração Pública é violado. Esse princípio está positivado pelo artigo 37, caput da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência." (CF/88)

O Princípio da Impessoalidade é, muitas vezes, compreendido por doutrinadores como um instituto, uma vez que ele está diretamente relacionado ao princípio da legalidade, da igualdade e da finalidade no próprio texto constitucional. Por isso, a maior parte da doutrina defende que é natural que ele interaja com os demais Princípios Administrativos e não se possa analisa-lo excluindo os outros.

Nesse sentido, é importante mencionar Diogo Moreira Neto, que entende que o Princípio da Impessoalidade se refere ao tratamento igualitário, sendo o administrado imparcial. Dessa forma, aquele que está no poder não pode de forma alguma perseguir, beneficiar, discriminar, prejudicar, ou privilegiar qualquer pessoa. Da mesma forma, Maria Di Pietro reforça: “a Administração Pública não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento”.

As ideias dos doutrinadores, segue o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência:

2. A proibição do nepotismo decorre diretamente dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência e é evidente que eles também incidem sobre os chamados cargos políticos. Quanto mais próximo da legitimidade do voto popular, maior a responsabilidade do governante para afastar qualquer conflito de interesse que possa macular sua atuação. Quanto mais alto o cargo, maior deve ser a exigência pela obediência incondicional à Constituição e seus princípios” (Supremo Tribunal Federal, AG.REG. NA RECLAMAÇÃO: AgR Rcl 0001428-35.2017.1.00.0000 RJ – RIO DE JANEIRO 0001428-35.2017.1.00.0000)

A partir do entendimento sobre a ideia do princípio da impessoalidade, é possível tecer críticas as formas com que os chefes do executivo escolhem os seus auxiliares para os seus Ministérios e Secretarias. Nesse sentido, cabem críticas a escolha de pessoas com a única finalidade de formação de alianças políticas e a concessão de cargos políticos para gozo dos privilégios da função.

Primeiro, é importante lembrar que os chefes do executivo são livres para escolher aqueles que vão lhes auxiliar na gestão pública. Dessa forma, é natural que os escolhidos sejam pessoas de confiança. Contudo, é evidente no debate público a negociação de cargos públicos com a finalidade de agradar determinados grupos políticos, de modo que os partidos “brigam” para conseguir indicações para determinadas pastas. A partir do momento em que o Presidente, os Governadores, ou os Prefeitos entram nesse jogo político, o Princípio da Impessoalidade já é violado. A violação existe, uma vez que a indicação deixa de ser baseada em quem é qualificado para exercer determinado cargo e passa a ser uma indicação com finalidade de beneficiar determinados grupos políticos.

Além disso, cabe a reflexão de saber o real motivo de grupos políticos terem tanto interesse em controlar determinados Ministérios e Secretarias. É evidente que considerando o histórico recente do Brasil com escândalos de corrupção, o interesse de grupos políticos na negociação de pastas levanta no mínimo suspeitas de qual seria o real interesse dos partidos no controle de determinados Ministérios e Secretarias.

Também é importante ressaltar a nomeação de Ministros com a finalidade de conceder ao indivíduo os privilégios que o ocupante do cargo goza, como, por exemplo o foro privilegiado. Nessa situação, ganhou notoriedade o caso do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Em 17 de Março de 2016, a ex-Presidente(a) Dilma Rousseff nomeou Lula para o cargo de Ministro da Casa-Civil. Naquela oportunidade, o ex-Presidente era investigado pelo Ministério Público Federal pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção durante o período em que esteve na Presidência da República e o seu processo transitava na primeira instância.

Nessa ocasião foram divulgadas conversas entre o ex-presidente Lula e a ex-presidente Dilma, na qual ficava claro que o cargo seria concedido a fim de que o processo que transitava em primeira instância fosse suspenso. Dessa forma, ficou evidente que o cargo de ministro estava sendo oferecido como uma forma de conceder privilégios a um determinado indivíduo e não com o objetivo de escolher uma pessoa capacitada para auxiliar na gestão pública.

O exemplo do ex-presidente é apenas um caso que denota como os cargos públicos no Brasil são concedidos a fim de privilegiar determinados indivíduos. Essa é uma consequência direta do que foi abordado no primeiro tópico do presente trabalho, visto que na ausência de critérios claros que determinem como deve ser feita escolha dos auxiliares dos chefes do executivo, estes têm muita liberdade para conceder cargos públicos a determinados indivíduos e, acabam por colocar, os seus interesses privados acima dos interesses coletivos.

Assim, também é evidente a violação do Princípio da Impessoalidade durante a negociação dos cargos públicos e durante a escolha de pessoas para concessão de privilégios. Portanto, é fundamental que o Ministério Público Federal esteja atento a essas nomeações, assim como o Poder Legislativo, tendo em vista que é possível que esses atos sejam caracterizados como crimes de Improbidade Administrativa ou como Crimes de Responsabilidade, de modo que os responsáveis por irresponsabilidades com a coisa pública sejam punidos.

CONCLUSÃO

Por fim, conclui-se, que a forma como os Ministros de Estados são escolhidos carece de critérios técnicos, já que os auxiliares do Presidente na Administração Pública deveriam ser *experts* na área em que fossem nomeados para trabalhar. Ao contrário disso, o que se percebe é o uso desses cargos como um verdadeiro jogo político, em que se indica alguém por critérios completamente alheias a eficiência e o conhecimento técnico.

É sobretudo importante assinalar que a escolha dos Ministros baseada em critérios técnicos traria, indubitavelmente, um relevante avanço para o país, já que o Presidente estaria assessorado por profissionais competentes e qualificados na área que se pretende trabalhar.

Nessa perspectiva, restou demonstrado que, em razão de não haver o mencionado critério técnico, há, por vezes, abuso do poder de escolha no sentido de se nomear alguém ao cargo em função de alguma vantagem ou até mesmo troca de favor. Ora, se não há uma regulamentação específica para a escolha dos ministros é possível utilizar-se dessa prerrogativa para se beneficiar ou beneficiar alguém de forma completamente alheia à população.

Conforme ficou demonstrado, inclusive com exemplo específico, não raras são as vezes em que se nomeia um Ministro para que ele possa ter o foro privilegiado ou até mesmo para afagar grupos e agremiações políticas. Nesse passo, nota-se um evidente prejuízo à administração pública, na medida em que as pasta ministeriais são conduzidas e lideradas por indivíduos sem capacitação e qualificação para tanto.

Em razão disso, foi proposta nesse artigo uma regulamentação semelhante ao do cargo de Ministro de STF, em que se faz necessário um específico conhecimento do direito, ou seja, para ser integrante da mais alta corte do país é preciso ser, necessariamente, um indivíduo de notável saber jurídico. Vê-se, pois, uma clara diferença entre a nomeação de Ministro de Estado e Ministro do Supremo Tribunal Federal, já que a primeira é desprovida de qualquer análise técnica, enquanto que a segunda faz-se necessário, inclusive, uma sabatina no Senado Federal para aferir a real capacidade técnica para assumir o cargo.

Nessa esteira, propõe-se uma regulamentação que exija da pessoa que irá assumir o cargo um conhecimento específico em relação a pasta que irá comandar, de modo que se apresente as qualificações e que seja, assim como os Ministros do STF, submetidos a uma sabatina para que se assegure a real capacidade técnica do indivíduo, como também para que se afira o real entendimento das necessidades do Ministério.

REFERÊNCIAS:

“Como são nomeados os Ministros de Estado”. Politize!, 09/04/2019. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/nomeacao-de-ministros/> >. Acesso em 05/12/2020

“Para entender porque ministros de estado são demitidos”. Folha de S. Paulo, 30/11/2011. Disponível em: < <http://direito.folha.uol.com.br/blog/para-entender-por-que-ministros-de-estado-no-so-demitidos> >. Acesso em: 30/11/2020

ANTUNES, Wellington. Quem pode ser Ministro de Estado? O que diz a Constituição Federal?. Disponível em: < <https://blog.grancursosonline.com.br/palavra-de-quem-entende-quem-pode-ser-ministro-de-estado-o-que-diz-constituicao-federal/> >. Acesso em 02/12/2020

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 12ª edição. Editora JusPodivm. 2018

DI PIETRO, Maria. Direito Administrativo. 33ª Edição. Editora Forense. 2020

FERREIRA, Manoel. Curso de Direito Constitucional. 35ª edição. Editora Saraiva. 2009

FRANÇA, Vladimir. Aspectos Jurídicos da Nomeação de Ministros de Estado no Direito Brasileiro. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-da-rocha-franca/aspectos-juridicos-da-nomeacao-de-ministros-de-estado-no-direito-brasileiro#:~:text=87%2C%20caput%2C%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e%20stabelece,no%20exerc%C3%ADcio%20dos%20direitos%20pol%C3%ADticos> >. Acesso em: 04/12/2020

MOREIRA NETO, Diogo. Curso de Direito Administrativo. 16ª edição. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDEIRO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. Editora Saraiva. 2018

Supremo Tribunal Federal, AG.REG. NA RECLAMAÇÃO: AgR Rcl 0001428-35.2017.1.00.0000 RJ – RIO DE JANEIRO 0001428-35.2017.1.00.0000

TCU, TCE, TCM: O QUE FAZEM OS TRIBUNAIS DE CONTAS E QUAL O PAPEL DELES NO COMBATE A CORRUPÇÃO?

Gabriela Cardins de Souza Ribeiro

1. SÍNTESE HISTÓRICA

“Sob a vigência das Ordenações Filipinas, sob a jurisdição de Portugal, as Juntas da Fazenda Real (também denominada de Junta da Administração e Arrecadação da Real Fazenda), foram criadas entre 1760 e 1770, resultado da instalação do Erário Régio em Portugal, ocorrido em 1761,⁶⁻⁷ cuja função era a acompanhar as finanças públicas.

No Brasil, o Erário Régio⁸ foi criado pelo decreto de 11 de março de 1808, por meio da decisão no 5, de 23 de março de 1808, porém determinou que a Junta da Real Fazenda do Rio de Janeiro continuasse no desempenho das suas funções até a instituição do órgão.

A implantação do Erário Real concomitantemente com o Conselho de Fazenda e a extinção da Junta da Real Fazenda do Rio de Janeiro ocorreram apenas em 28 de junho de 1808. As tarefas de controle, nestes moldes, se deram até 1824.

Ante a proclamação da independência do Brasil, em 1822, o Erário Régio foi transformado no Tesouro pela Constituição de 1824, com a previsão dos primeiros orçamentos e balanços gerais. E, em 23 de junho de 1826, com a iniciativa de Felisberto Caldeira Brandt, Visconde de Barbacena, e de José Inácio Borges, apresentaram projeto de lei, ao Senado do Império, com o objetivo de criar um Tribunal de Contas no Brasil.

Apesar das discussões, de quase um século, sobre os prós e contras sobre a criação de um Tribunal, apenas com a proclamação da República, 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto 966-A criou o Tribunal de Contas da União, “para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesa da República”⁹ e que acabou sendo acolhido na letra da Constituição de 1891, no art. 89.

No entanto, sua instalação somente aconteceu em 17 de janeiro de 1893, em virtude dos esforços do então Ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, Serzedello Corrêa. Originariamente o Tribunal teve competência para exame, revisão e julgamento de todas as operações relacionadas com a receita e a despesa da União, cuja fiscalização se fazia pelo sistema de registro prévio, e posteriormente, foi-lhe outorgada as competências para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional.¹⁰

Já a Constituição de 1934, ampliou as competências do Tribunal de Contas da União, conferindo a este órgão a função de proceder ao acompanhamento da execução orçamentária,

do registro prévio das despesas e dos contratos, proceder ao julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiro público e oferecer parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, tendo sido suprimida a competência, na Constituição de 1937, de emitir parecer prévio sobre as contas presidenciais.

A Constituição de 1946 preservou as competências da Constituição de 1937 anterior e agregou a atribuição de julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões e restaurou a competência para emissão de parecer prévio nas contas do Presidente da República, no art. 77, § 4º.¹¹

Durante a vigência da Constituição de 1967/1969, foram suprimidas as competências do Tribunal de Contas para apreciar e julgar previamente os atos e contratos dos ordenadores de despesas e julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, resumindo-se, neste caso, ao exame da legalidade para fins de registro. Por outro lado, manteve-se a intacta a atribuição precípua de fiscalizar e verificar eventuais irregularidades.¹²

A Constituição de 1988, por seu turno, explicitou, especificou e adicionou as competências do Tribunal de Contas, dando-lhe as feições de um tribunal administrativo com a especialidade de examinar as finanças públicas e, por via reflexa, estabelecendo os vetores do controle externo, a serem seguidos na apreciação das contas.

Ao estabelecer os critérios da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas e enunciar, no art. 71, incisos e parágrafos, as atribuições pertinentes ao controle externo, e que ficam a cargo do Tribunal de Contas, a Constituição vigente buscou dar evidente enaltecimento ao órgão de controle.”

2. INTRODUÇÃO

Por avaliar e julgar as contas dos outros órgãos públicos, ter esta autonomia é fundamental. Ou seja, eles têm a função de fiscalizar e, até mesmo multar a gestão pública que estiver fora das regras, funcionando basicamente dessa forma: a Constituição Federal diz que o Governo deve gastar o mínimo do orçamento público com saúde e educação e que não se pode pegar dinheiro emprestado para pagamento de pessoal, em caso de descumprimento o Tribunal de Contas pode reprovar as contas. Além dessa, existe também o recurso do INSS para pagar apenas aposentadorias e pensões. Ou seja, são inúmeras as regras que existem com o propósito de garantir o bom funcionamento do Estado sem desequilibrar as contas públicas. Outra regra importante que cabe aos Tribunais de Contas é a fiscalização de licitações realizadas.

De maneira geral, o setor público é obrigado a ter procedimentos rígidos a fim de evitar favorecimentos de fornecedores e gasto excessivo de recursos públicos. Neste processo, entretanto, não é incomum haver erros e desvios de interpretações da lei, compras mal

planejadas e, até mesmo, má-fé dos gestores e/ou servidores públicos envolvidos nos processos de licitação ou empresas fornecedoras. Os TC analisam, portanto, como foram feitas essas compras e se obedeceram às regras impostas.

De forma geral no país, existe o TCU - Tribunal de Contas da União que avalia/ julga contas do governo federal e o TCE - Tribunal de Contas do Estado - que avalia/ julga contas do governo estadual e todas as prefeituras do estado respectivo e, há também, exceções e outros TCS nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro: os Tribunais de Contas do Município – TCM - que são órgãos municipais que só avaliam contas dessas duas capitais. Exemplo: O Município de Niterói (RJ) é avaliado pelo TCERJ; já a cidade do RJ é avaliada pelo TCMRJ. Já os estados de Goiás, Pará, Ceará e Bahia, os Tribunais de Contas dos Municípios prestam contas do governo estadual e contas dos municípios do estado respectivamente.

Todos eles têm funcionamento similar dentro de sua região. Os Tribunais de Contas têm a função de como se deu os gastos públicos e emitir um relatório com base em regras pré-estabelecidas. Ao emitir esse relatório com teor reprobatório, esse relatório pode ter dois tipos de teor: se referindo aos servidores públicos comuns (exemplos de diretores que executam despesas), o TC julga definitivamente essas contas, além de punir os atos infracionários – podendo impor penalidades como ressarcimentos; já nos casos dos chefes do executivo os TC só pode avaliar as contas e esse relatório é enviado para a câmara de vereadores, deputados e senadores para que eles tomem a decisão final sobre as contas.

No que se refere as funções dos Tribunais de Contas, podemos agrupá-las da seguinte forma (de acordo com o portal do tcu): fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa, de ouvidoria e algumas de suas atuações assumem ainda o caráter educativo.

A função fiscalizadora compreende a realização de auditorias e inspeções, por iniciativa própria, por solicitação do Congresso Nacional ou para apuração de denúncias, em órgãos e entidades federais, em programas de governo, bem como a apreciação da legalidade dos atos de concessão de aposentadorias, reformas, pensões e admissão de pessoal no serviço público federal e fiscalização de renúncias de receitas e de atos e contratos administrativos em geral. A fiscalização é a forma de atuação pela qual são alocados recursos humanos e materiais com o objetivo de avaliar a gestão dos recursos públicos. Esse processo consiste, basicamente, em capturar dados e informações, analisar, produzir um diagnóstico e formar um juízo de valor.

Podem ser feitas por iniciativa própria ou em decorrência de solicitação do Congresso Nacional. Há cinco instrumentos por meio dos quais se realiza a fiscalização: **Levantamento** - instrumento utilizado para conhecer a organização e funcionamento de órgão ou entidade pública, de sistema, programa, projeto ou atividade governamental, identificar objetos e

instrumentos de fiscalização e avaliar a viabilidade da sua realização; **Auditoria** – por meio desse instrumento verifica-se a legalidade dos atos da gestão, quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, assim como o desempenho operacional e os resultados alcançados de órgãos, entidades, programas e projetos governamentais; **Inspeção** – serve para obtenção de informação não disponíveis no Tribunal, ou para esclarecer dúvidas; também é utilizada para apurar fatos trazidos ao conhecimento do Tribunal por meio de denúncia ou representações; **Acompanhamento** – destina-se a monitorar e a avaliar a gestão de órgão, entidade ou programa governamental por período de tempo predeterminado; **Monitoramento** – é utilizado para aferir o cumprimento das deliberações do Tribunal e dos resultados delas advindos.

A função consultiva é exercida mediante a elaboração de pareceres prévios e individualizados, e caráter essencialmente técnico, acerca das contas prestadas, anualmente, pelos chefes de poderes Executivos, Legislativo e Judiciário e pelo chefe do Ministério Público da União, a fim de subsidiar o julgamento a cargo do Congresso Nacional. Inclui também o exame, sempre em tese, de consultas realizadas por autoridades legitimadas para formulá-las, a respeito de dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes às metérias de competência do Tribunal.

De acordo com a Constituição Federal, no Artigo 71: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio de Tribunal de Contas da União, ao qual compete: i – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.

A função informativa é exercida quando da prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional, pelas suas Casas ou por qualquer das respectivas comissões, a respeito de fiscalização exercida pelo Tribunal ou acerca dos resultados de inspeções e auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas de união. Compreende ainda representallão ao poder competente a respeito de irregularidades ou abusos apurados, assim como o encaminhamento ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, de relatório das atividades de Tribunal.

Assim, a função judicante ocorre quando o TCU julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administrações direta e indireta, incluindo as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

A função sancionadora manifesta-se na aplicação aos responsáveis das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal (Lei nº 8.443/92), em caso de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. Ao contestar ilegalidade em ato de gestão de qualquer órgão ou

entidade pública, o TCU fixa o prazo para cumprimento da lei. Entre as funções básicas do Tribunal está a função sancionadora (incisos VIII a XI do art. 71 da Constituição Federal), a qual configura-se na aplicação de penalidade aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas.

As sanções estão previstas na Lei 8.443/92 e podem envolver desde aplicação de multa e obrigação de devolução de débito apurado, até afastamento provisório do cargo, o arresto dos bens de responsáveis julgados em débito e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública.

No caso de ato administrativo, quando não atendido, o Tribunal determina a sustação do ato impugnado. Nesses casos, TCU exerce função corretiva, cujo o objetivo é corrigir as irregularidades e impropriedades.

A função normativa decorre do poder regulamentar conferido ao Tribunal pela sua Lei Orgânica, que faculta a expedição de instruções e atos normativos, de cumprimento obrigatório sob pena de responsabilização do infrator, acerca de matérias de sua competência e a respeito da organização dos processos que lhe devam ser submetidos.

Por sua vez, a ouvidoria reside na possibilidade de o Tribunal receber denúncias e representações relativas a irregularidades ou ilegalidades que lhe sejam comunicadas por responsáveis pelo controle interno, por autoridades ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato. Essa função tem fundamental importância no fortalecimento da cidadania e na defesa dos interesses difusos e coletivos, sendo importante meio de colaboração com o controle.

Por fim, atua o Tribunal de Contas da união de forma educativa, quando orienta e informa acerca de procedimentos e melhores práticas de gestão, mediante publicações e realização de seminários, reuniões e encontros de caráter educativo, ou, ainda, quando recomenda a adoção de providências, em auditorias de natureza operacional. Importante ressaltar que ao aplicar uma sanção, por de trás também há uma função pedagógica, pois está censurando uma prática com uma penalidade.

CONCLUSÃO

Hoje existe uma polêmica muito grande em torno desses Tribunais de Contas, enquanto alguns Analistas ressaltam a importância do órgão na má gestão e no desvio de dinheiro público, outros alegam que Tribunais de Contas Municipais e até mesmo Estaduais são estruturas inchadas e que demandam um custo de manutenção muito alto e com pouco retorno.

No caso de Dilma Rousseff, quando sofreu o Impeachment o TCU reprovou suas contas que ficou conhecida como pedaladas fiscais, suas contas foram reprovadas. As discussões são

acentuadas quando se dão indícios de mal funcionamento desses tribunais, em 2015, por exemplo, o TCERJ recomendou que o TC do então governador Sergio Cabral, político preso por desvio de dinheiro público e preso desde 2016. Por outro lado, os Tribunais de Conta já denunciaram diversos casos de fraudes de governos.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO Tribunais de contas: conceito, funções, competências, histórico, natureza jurídica e acórdão do TCU. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/tribunais-de-contas-conceito-funcoes-competencias-historico-natureza-juridica-e-acordao-do-tcu-em-anexo/> Acesso em 11 de Nov de 2020

ENCICLOPEDIA JURÍDICA DA PUCSP Tribunais de contas no Brasil, 2017 disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/20/edicao-1/tribunais-de-contas-no-brasil> Acesso em 12 de Nov. 2020

JUNIOR, DIRLEY DA CUNHA. Direito Constitucional.

MORAIS, ALEXANDRE. Direito. Constitucional.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portal do Tribunal de Contas da União, disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/> Acesso em 11 de Nov. 2020

VEJA. Sérgio Cabral é condenado a mais 19 anos de prisão por corrupção Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/sergio-cabral-e-condenado-a-mais-19-anos-de-prisao-por-corrupcao/> Acesso em 11 de Nov. 2020

O ORÇAMENTO PÚBLICO BRASILEIRO E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Cléber do Sacramento Pinto

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva apresentar o orçamento público brasileiro, demonstrar sucintamente sua estrutura, de onde se originam as receitas e despesas e suas aplicações. Posteriormente, busca apresentar as atribuições do Tribunal de Contas da União (TCU) e finalmente demonstrar como a sociedade pode apoiar o TCU a exercer o controle externo.

89

2. ORÇAMENTO PÚBLICO NO BRASIL

O orçamento Público brasileiro pode ser conceituado, em linhas gerais, como o instrumento que o Estado dispõe para, em um período fixado de tempo, estimar suas receitas e fixar as despesas públicas. Nesse sentido, o conceito de orçamento trazido pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público do Distrito Federal (2013), apresentado a seguir:

O orçamento público é um instrumento de planejamento e execução das Finanças públicas. Na atualidade o conceito está intimamente ligado à previsão das Receitas e fixação das Despesas públicas.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) é o orçamento propriamente dito, nela são previstas as receitas e fixadas as despesas públicas para execução no período de um ano. A LOA mantém interação com os outros instrumentos de planejamento e orçamento previstos na Constituição federal de 1988 (CF/1988): a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o plano plurianual (PPA). Esses instrumentos estão dispostos no Art. 165 da nossa Carta Magna, conforme segue:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I - o plano plurianual;
II - as diretrizes orçamentárias;
III - os orçamentos anuais.

A LDO é o elo entre o Plano Plurianual (PPA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Já o PPA é o instrumento de planejamento e orçamento do governo, de médio prazo, que estabelece de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Nesse sentido, o Ministério da Economia informa a interação entre os instrumentos:

A LDO, que deve ser compatível com o PPA, estabelece, entre outros, o conjunto de metas e prioridades da Administração Pública Federal e orienta a elaboração da LOA para o ano seguinte. A LOA contempla os orçamentos fiscal, da seguridade social e de investimentos das estatais. O seu vínculo com o PPA se dá por meio dos objetivos do Plano que estão associados às Ações constantes da LOA. Deve haver, portanto, uma compatibilidade entre o PPA, a LDO e a LOA

A iniciativa das leis do orçamento é sempre do chefe do Poder executivo, como determina o Art. 165 da CF/1988:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I - o plano plurianual;
II - as diretrizes orçamentárias;
III - os orçamentos anuais.

Os instrumentos de planejamento e orçamento, trazidos na CF/1988: Plano Plurianual (PPA); Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) são leis que devem ser elaboradas por todos os entes da Federação: União, estados e municípios. Portanto o poder público só poderá realizar suas despesas se elas estiverem autorizadas na lei, como preceitua o inciso II, Art. 167 da CF/1988, a seguir:

Art. 167. São vedados:
(...) II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Perceba que a CF/1988 estabelece limites para a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas. Esse limite é os créditos orçamentários ou adicionais que já tenham sido aprovados. Para buscar novas dotações será necessário aprovar novos créditos adicionais.

3. CRÉDITOS ADICIONAIS

O crédito orçamentário possui os recursos limitados a uma dotação específica. Porém, podem acontecer situações em que a despesa é maior do que prevista, sendo exigido alterar o valor da dotação, outras nas quais as despesas não tenham sido previstas, ou, ainda, situações imprevisíveis e urgentes. Nesses casos, podem ser utilizados créditos adicionais para alterar os créditos orçamentários inicialmente aprovados, autorizando-se novos créditos ou reforçando os já existentes.

Nesse sentido, a Lei 4.320/1964 define créditos adicionais como "as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento". Segundo o art. 41 da Lei 4.320/1964, os créditos adicionais classificam-se em: suplementares, especiais e extraordinários, conforme segue:

Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: I - suplementares, os destinados a refôrço de dotação orçamentária; II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública."

O inciso V, Art. 167, CF/1988, estabelece:

Art. 167. São vedados: (...) V- a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes

Esse dispositivo informa que para a abertura dos créditos adicionais suplementares ou especiais (não inclui o extraordinário) será necessário lei, além de ter de indicar os recursos. No mesmo sentido, o Art. 42 da Lei 4.320/1964 estabelece:

Art. 42. Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo.

Embora os créditos suplementares ou especiais sejam abertos por decreto, a autorização pela lei possui diferenças quanto a essas duas classificações de créditos adicionais, conforme segue: a) os créditos especiais não poder ser autorizados na própria Lei Orçamentária Anual, mas por uma lei específica. b) os créditos suplementares podem ser autorizados tanto por lei específica quanto na própria LOA.

A lei para abertura dos créditos adicionais suplementares poderá tanto ser uma lei específica quanto a própria LOA, já que é uma exceção ao princípio da exclusividade. Existem quatro hipóteses de recursos disponíveis para fins de abertura de créditos adicionais: o superávit financeiro; excesso de arrecadação; anulação parcial ou total de dotações e o produto de operações de crédito autorizadas. Notem que é preciso que existam recursos disponíveis para abertura de créditos adicionais suplementares e especiais.

4. RECEITAS PÚBLICAS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

O Manual de procedimentos das receitas públicas da Secretaria do Tesouro nacional (Portaria STN nº 2019 de 29/04/2004), conceitua as Receitas Públicas como todos os ingressos de caráter não devolutivo auferidos pelo poder público, conforme trecho a seguir:

todos os ingressos de caráter não devolutivo auferidos pelo poder público, em qualquer esfera governamental, para alocação e cobertura das despesas públicas. Dessa forma, todo o ingresso orçamentário constitui uma receita pública, pois tem como finalidade atender às despesas públicas.

Porém, nem todos os ingressos nos cofres públicos são receitas orçamentárias, pois os ingressos de caráter devolutivo são receitas extraorçamentárias (possuem caráter temporário). A Lei nº 4.320/64 estabelece a classificação econômica da receita orçamentária, ela classificou, no seu artigo 11, a receita pública orçamentária em duas categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. Quanto às receitas correntes, o parágrafo 1º, do Art. 11, da Lei 4.320/64, traz a classificação por categorias econômicas das receitas correntes, conforme trazido abaixo:

§ 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

Assim, as receitas correntes se subdividem em Tributária: São as receitas de Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria exigidas pelos entes federados; De Contribuições: São aquelas que se originam das contribuições: sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas; Patrimonial: É a que se origina de rendimentos sobre investimentos do ativo permanente, de aplicações de disponibilidades em operações de mercado e de outros rendimentos oriundos de renda de ativos permanentes. Agropecuária: se origina de atividades agrícolas ou da pecuária (origem animal o vegetal). Industrial: se originam da atividade industrial de extração mineral, de transformação, de construção e outras, provenientes das atividades industriais definidas como tal pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); De Serviços: é a proveniente da prestação de serviços pelo ente público; Transferências correntes: é a proveniente de outros entes ou entidades, desde que o objetivo seja a aplicação em despesas correntes e Outras receitas correntes: é a proveniente de outras origens não classificáveis nessas anteriores.

Assim, percebam que os tributos pagos pelos cidadãos são apenas uma das fontes de receita do Estado a serem aplicadas em benefício da população. Quanto às Receitas de capital, elas estão estabelecidas no §2º da Lei 4.320/64:

§ 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente.

5. RECEITAS PÚBLICAS: ETAPAS

Como vimos, o orçamento público é composto pelas receitas públicas e despesas públicas. A receita Pública possui etapas de planejamento e execução. Na etapa de

planejamento, as receitas são previstas (estimadas), já na fase de execução existem os estágios de lançamento, arrecadação e recolhimento. O lançamento da receita é ato da repartição competente, que verifica a procedência do crédito fiscal e a pessoa que lhe é devedora e inscreve o débito desta.

A arrecadação, de acordo com a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), consiste na entrega dos recursos devidos ao Tesouro, realizada pelos contribuintes ou devedores, aos agentes arrecadadores autorizados pelo ente da federação. Já o recolhimento consiste na transferência dos valores arrecadados pelos agentes arrecadadores à Conta Única do Tesouro Nacional.

6. DESPESA PÚBLICA

As despesas públicas podem ser classificadas pela forma de ingresso em orçamentárias ou extraorçamentárias. A despesa orçamentária, como o próprio nome denuncia, é a que consta no orçamento ou nos créditos adicionais abertos no exercício financeiro. Segundo Agostinho Paludo, a despesa orçamentária:

é aquela que depende de autorização legislativa para sua efetivação - na LOA ou em Lei de Créditos Adicionais. É a efetiva aplicação de recursos públicos com a finalidade de alcançar os fins dos programas governamentais. Exs.: despesas correntes e despesas de capital.

PALUDO também conceitua despesa extraorçamentária, conforme segue:

Despesa extraorçamentária - são as despesas que não constaram no orçamento: são todos os dispêndios financeiros que não foram nem precisam ser autorizados pela LOA ou por Créditos Adicionais. São contrapartidas (devoluções) dos ingressos extraorçamentários (cauções, ARO etc.). Também podem se referir a Restos a Pagar, cuja autorização para a realização da despesa ocorreu em exercício anterior.

Outra classificação importante é a classificação programática da despesa, pois a partir dela, pode-se identificar em quais programas (onde) o governo está aplicando os recursos orçamentários e financeiros. Nesse sentido, Sérgio Mendes define a finalidade essencial da classificação programática: *"A finalidade essencial da classificação programática é demonstrar as realizações do governo e a efetividade do seu trabalho em prol da população"*

De acordo com Paludo, *"O Programa Temático se desdobra em objetivos e iniciativas; Programas de Gestão, Manutenção e Serviços ao Estado: são instrumentos do plano que classificam um conjunto de ações destinadas ao apoio, à gestão e à manutenção da atuação governamental."*

7. DESPESA PÚBLICA: ETAPAS.

Quanto às despesas públicas, assim como as receitas públicas, também possuem as etapas de planejamento e execução. Na etapa de planejamento, as despesas são fixadas, já na etapa de execução, estão os estágios de empenho, liquidação e pagamento, previstos na Lei 4.320/1964:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

8. PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

Os princípios orçamentários são premissas a serem observadas na criação e execução das leis orçamentárias. Existem princípios expressos na CF/1988 e na Lei 4.320/1964, porém alguns são implícitos, os quais a doutrina que os define. Entre os princípios expressos da CF/1988 podemos citar os da(o): Exclusividade e Não afetação das receitas, detalhados a seguir.

8.1 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVIDADE

O princípio orçamentário da exclusividade está previsto no § 8º, Art 165, da CF/1988, conforme segue:

§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

Perceba que o princípio da exclusividade proíbe a inclusão no orçamento de matéria estranha à previsão de receita e fixação de despesas na LOA, porém, veja que a autorização para abertura de créditos suplementares e as operações de crédito são exceções a esse princípio, podendo constar na LOA. Esse princípio surgiu com objetivo de evitar que fossem aprovadas na lei do orçamento matérias desvinculadas com o orçamento, as denominadas caudas orçamentárias ou orçamentos rabilongos.

8.2 NÃO AFETAÇÃO DAS RECEITAS (NÃO VINCULAÇÃO DAS RECEITAS)

O princípio da não afetação das receitas (não vinculação das receitas) veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa e está disposto no inciso IV, Art. 167, da CF/1988, conforme segue:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária (...)

Perceba que esse princípio se refere apenas a impostos e não a todos os tributos. Os tributos compreendem, no âmbito orçamentário, além dos impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. A doutrina informa entre os objetivos desse princípio aumentar a liberdade para o planejamento das receitas, gerando flexibilidade na aplicação da receita de impostos.

Porém, a CF/1988 traz diversas exceções a esse princípio, como destinação de receita de impostos para a saúde e ensino. Ou seja, a própria Constituição Federal pode apresentar hipóteses de vinculação de receitas de impostos, mas leis infraconstitucionais não podem.

9. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Os Tribunais de Contas podem ser definidos como órgãos de extração constitucional, independentes e autônomos, que auxiliam o Poder legislativo no exercício do controle externo. Esse entendimento de que os tribunais de Contas são órgãos autônomos é o que prevalece, mas não é pacífico na doutrina, já que existem autores que defendem que os Tribunais de Contas são órgãos que pertencem ao Poder Legislativo.

Sobre essa natureza dos Tribunais de Contas, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no mesmo sentido da doutrina majoritária, conforme trecho da ADI 4.190-MC/RJ, a seguir:

os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico, como o reconhecem autorizadíssimos doutrinadores

Assim, o entendimento é de que não há subordinação entre os Tribunais de Contas e o Poder Legislativo, como trazido por Fernanda de Carvalho Lage (apud NUNES JUNIOR, 2019):

com relação à atuação do Tribunal de Contas da União em auxílio do Congresso Nacional, observa-se que aquele não está de forma alguma subordinado a este, que não atua como delegado seu, e não pode lhe ditar ordens nem determinar como deve atuar em situações específicas. [...]

O TCU é integrado por 9 Ministros, tem sede no Distrito Federal (DF), quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional. Nesse sentido, os Tribunais de Contas apresentam como características: serem órgãos autônomos e independentes; não compõem o

Poder Legislativo, muito menos o Poder Judiciário; auxiliam o Poder legislativo no controle externo, mas não se subordinam a ele; são vinculados à estrutura do Poder Legislativo, para fins fiscais e orçamentários.

O TCU tem competência para fazer auditorias e inspeções em qualquer dos Poderes, conforme inciso IV do Art. 71 da CF/1988 a seguir:

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário" (grifos meus)

Perceba que o TCU pode realizar auditorias e inspeções de natureza orçamentária em todos os Poderes. Além disso, é competente para fiscalizar as contas de quaisquer pessoas que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiro bens ou valores públicos, conforme Parágrafo único do Art. 70 da CF/1988:

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

10. COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO TCU

A CF/1988 fixou competências próprias ao TCU para controlar, fiscalizar e julgar as contas públicas, em seu Artigo 71, apresentado abaixo:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

- VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
- VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
- IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
- XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

Entre as áreas de atuação do TCU, encontra-se o controle do cumprimento dos limites orçamentários e financeiros impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) aos gestores públicos. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal dos entes da Federação, como por exemplo os limites de despesa com pessoal, apresentados a seguir:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

- I - **União: 50%** (cinquenta por cento);
- II - **Estados: 60%** (sessenta por cento);
- III - **Municípios: 60%** (sessenta por cento).

A responsabilidade na gestão fiscal objetiva evitar o desequilíbrio na gestão dos entes da federação e, também, que os entes somente se endividem em casos estritamente necessários, conforme as normas fixadas na lei.

As decisões do TCU possuem natureza Administrativa. Contra o mérito dessas decisões somente é cabível recurso ao próprio TCU. Assim, não existem recursos junto ao Poder judiciário ou Legislativo contra o mérito da decisão do TCU. Entretanto, pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional previsto no Artigo 5º da CF/1988, é possível acionar o Judiciário quanto aos aspectos de legalidade e legitimidade das decisões da Corte de Contas.

No que se refere ao direito ao contraditório e a ampla defesa nos processos perante o TCU, o STF editou a Sumula Vinculante 3, apresentada a seguir:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão

Pode-se perceber que a regra é que seja concedido o contraditório e ampla defesa nos processos que tramitem no TCU, mas a ressalva no final do texto da súmula nº 3 (na qual o

TCU não é obrigado a assegurar o contraditório e a ampla defesa a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão) gerou questionamentos, pois não havia prazo para que o TCU apurasse a legalidade desses atos, conforme bem exemplificado pelos autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Na prática, significa dizer que a publicação do ato concessivo de aposentadoria reforma e pensão pela administração pública, não gera, por si, direito adquirido ao beneficiário. Com efeito, nada impede que três, cinco, oito ou onze anos depois venha o TCU reconhecer a sua ilegalidade e determinar sua anulação, com a consequente cessação do pagamento de benefício

Diante desse fato, o STF se posicionou, no Mandado de Segurança 25.116/DF, rel. Min. Carlos Britto, fixando o prazo de 5 anos para que o Tribunal de Contas examine o ato sem necessidade de assegurar o contraditório e a ampla defesa. Restando a entender que após esse prazo o TCU poderia rever o ato, desde que garantisse o direito de o interessado se defender.

No ano de 2020, o STF julgou o RE 636.553, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, decidindo que, em atenção aos princípios da segurança jurídica, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas. Passados os 5 anos, o registro será tácito, conforme trechos a seguir:

Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas. (...)

Diante de todo o quadro já exposto, verifica-se que a discussão acerca da observância do contraditório e da ampla defesa após o transcurso do prazo de 5 anos depois da chegada do processo ao TCU encontra-se prejudicada. Isso porque findo o referido prazo, o ato de aposentação considerar-se-á registrado tacitamente, não havendo mais a possibilidade de alteração pela Corte de Contas.

11. CONCLUSÃO

O orçamento público brasileiro como instrumento de estimativa de receitas e fixação das despesas públicas é realizado em forma de programas de governo. Nesse sentido, essa programação governamental bem elaborada e executada gera um maior bem estar de toda a população do país. Para isso, existe no Brasil o Tribunal de Contas da União, órgão autônomo que atua de maneira técnica para, entre outras atribuições, controlar o cumprimento do orçamento.

A atuação do TCU, pelo amplo campo de atuação, é sobre amostras, o que demonstra a importância do apoio da sociedade para que sejam cada vez mais denunciadas, identificadas e

punidas as irregularidades relacionadas ao orçamento e às finanças públicas brasileiras, além de prevenir prejuízos ao erário.

Uma das funções do TCU é a de ouvidoria, que dá a possibilidade de a Corte de Contas receber e apurar denúncias e representações relacionadas a ilegalidades e irregularidades. Essa função é de extrema importância na defesa dos interesses da sociedade, inclusive da gestão orçamentária e financeira dos recursos públicos.

Nesse sentido, é importante que a sociedade participe se inteirando das irregularidades ocorridas na alocação dos recursos orçamentários pelo poder público, e denuncie, conforme autoriza o § 2º, Art. 74 da CF/1988, a seguir: Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 25.116. Impetrante: Edson de Almeida Miguel Relvas . Impetrado: Presidente da 1ª Câmara do TCU. Relator. Ministro Ayres Brito.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.190-8 Rio De Janeiro. Requerente: Associação Dos Membros Dos Tribunais De Contas Do Brasil - Atricon. Requerido: Assembleia Legislativa Do Estado Do Rio De Janeiro. Interessado: Tribunal De Contas Do Estado Do Rio De Janeiro. Relator. Ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.553. Recorrente: União. Recorrido: João Darci Rodrigues de Oliveira. Relator. Ministro Gilmar Mendes.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula VINCULANTE nº 3. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso: 09 de dezembro de 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. Lei 4.320 de 17 de março de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm

_____. Portaria STN nº 219 de 29 de abril de 2004. Aprova a 1ª edição do Manual de Procedimentos da Receita Pública. Poder Executivo, Brasília, DF, 2004.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. 2. Ed. 2013.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 8.ed. São Paulo: Método, 2012.

MENDES, Sérgio. Administração Financeira e Orçamentária, Teoria e questões, 2.ed. São Paulo: Método, 2011.

PALUDO, Agostinho. Orçamento público, AFO e LRF. 7.ed. rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

O INSTITUTO DE REELEIÇÃO PARA CARGOS NO LEGISLATIVO: SOBERANIA ELEITORAL OU AFRONTA DEMOCRÁTICA?

Renata Nóvoa Reuter

1. INTRODUÇÃO

Há muito tempo se tem questionado sobre a eficácia do instituto da reeleição no Brasil o qual possibilitaria que os representantes populares ocupassem por mais de uma vez a mesma função em períodos consecutivos. Não obstante, se vê sustentado pela nossa Constituição Federal no seu artigo 57, o impedimento ao pleiteio de nova eleição subsequente por parte do titular do cargo legislativo:

“§ 4º Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

§ 5º A Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal, e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.”

Todavia, apesar da Constituição Federal vedar a possibilidade de reeleição (para o mesmo cargo) da Mesa Diretora, num período imediatamente subsequente (art. 57, § 4º), o STF admite uma exceção à atual regra, que é quando as eleições para as Mesas ocorrem em legislaturas (períodos de quatro anos entre duas eleições nacionais) diferentes. Este fato já permitiu a reeleição de 4 presidentes da Mesa desde que a Constituição foi promulgada. Todavia, aqueles que estudam a fundo o direito constitucional e suas instâncias representativas apontam diversos argumentos pelos quais se poderia indagar acerca da eficácia dessa prerrogativa apontando-a inclusive como uma afronta à segurança jurídica tão pretendida em nosso ordenamento.

Como Luís Roberto Barroso suscita em seu livro “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”⁴⁰, o princípio da rotatividade é um dos mais importantes do sistema representativo uma vez que ele é chave para distinguir as democracias das autocracias e alude ao não exercício de continuidades no poder. Dessa forma, os prejuízos que o sistema de reeleições provocaria no seio social seriam inegáveis se ele não fosse limitado pelos regramentos constitucionais. Entretanto, mesmo com as amarras constitucionais, há muitos políticos que conseguem construir carreiras políticas dentro da Câmara e acabam inviabilizando

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/Luís Roberto Barroso. - 5. Ed. São Paulo.

que aconteça a circulação representativa que o sistema precisa para se renovar a cada período bem como renovar ideias e leis.

Destarte, neste ano (2020), as discussões acerca desse instituto voltaram à tona quando foi apresentada pela senadora Rose de Freitas uma proposta de emenda constitucional (PEC 33/2020) no sentido de alterar as regras para a eleição das mesas diretoras do Poder Legislativo, permitindo a reeleição dos membros dentro da mesma legislatura e posteriormente, a apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.524 quanto à exceção prevista pela CF. Dessa forma, este presente artigo busca fazer uma análise acerca do instituto de reeleições no Brasil tanto no âmbito legislativo quanto no executivo, apontando as contradições que existem por parte dele historicamente no ordenamento brasileiro emitindo uma consideração sobre o julgamento da ADI julgada pelo STF recentemente.

2. O INSTITUTO DA REELEIÇÃO

2.1 REELEIÇÃO E DEMOCRACIA

Numa sociedade democrática e republicana como a atual, a importância da escolha consciente pelos nossos representantes políticos para ocupação dos cargos públicos se faz cada vez mais necessária uma vez que é a partir dela que será garantido o início para as mudanças no seio social. Contudo, é possível visualizar na história que esse instituto nem sempre se manifestou como uma representação da vontade popular, mas sim como massa de manobra da vontade individual de personalidades que permaneciam no poder para sustentar suas ganâncias e interesses.

Neste ínterim, sendo a república uma forma de governo que se opõe tanto à monarquia, uma vez que nesta última todos os poderes estavam à mercê das ordens de um soberano, quanto à oligarquia, destacada por Aristóteles como forma de governo exercida em benefício de um grupo ou classe,

o princípio republicano é, portanto, matriz que oferecerá necessariamente diretrizes para a interpretação e determinação exata e correta do alcance e do sentido de outros princípios constitucionais e, com maior razão, das simples normas constitucionais. Caracteriza-se modernamente o regime republicano pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com consequente responsabilidade dos seus necessariamente transitórios exercentes. (ATALIBA, Geraldo)⁴¹.

Ademais, desde 1988 o instituto da reeleição não é permitido no Brasil. A história conta que em 1977 o Congresso Nacional atacou os princípios democráticos e permitiu que os Chefes do Executivo fizessem amplo uso da máquina pública nas campanhas eleitorais de reeleição

⁴¹ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. (1981, p. 50). São Paulo: RT, 1985.

pois o presidente Fernando Henrique Cardoso na época aprovou o projeto de Emenda Constitucional nº 16 e permitiu a reeleição sob o argumento de que um único mandato não seria suficiente para concretizar todos os planos do governo (COUTO, Cláudio, ABRUCIO Fernando). “Um quadriênio seria pouco para tocar as obras e ter uma gestão mais eficaz.”, dizia o parecer exarado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Este fato permite perceber que muitas vezes a prática desse continuísmo direto ou indireto na eleição de políticos, apesar de estar sustentado na vontade popular pela conquista eleitoral, demonstra uma distorção de princípios. A reeleição permite que a máquina pública seja usada e desvia o mandatário/candidato das atribuições da governança no ano das eleições pois quando eles fazem promessas de melhorias e mudanças, muitas vezes ancorados em discursos vazios sem propostas concretas, eles utilizam o depósito de confiança popular para perpetuar práticas que prejudicam o ordenamento e de nada acrescentam positivamente na vida das pessoas como é o caso da corrupção e desvios de verbas.

Além do mais, a reeleição nunca fez parte das Constituições brasileiras até a Emenda 16, de 1997 sendo a Constituição de 1988, a responsável por permitir a reeleição do chefe do Executivo restringindo-a a um período posterior, com o intuito de buscar a vedação à continuidade prolongada no poder. Devido ao grande poder atribuído ao presidente no Brasil (hoje com mandato de 4 anos), principalmente pelo sistema presidencialista centralizador, o princípio da alternância na ocupação do cargo é extremamente saudável para a manutenção dos princípios democráticos. Além disso, a alternância de poder se faz uma aliada da população ao inviabilizar que o líder da nação se encontre confortável em seu posto depois de um certo tempo e passe a não garantir os direitos e melhorias sociais necessárias. Uma vez que a possibilidade de reeleição ad infinitum torna os dirigentes acomodados, ela naturalmente impede a renovação de ideias.

Assim como o presidente, o mandato dos outros membros do Executivo também é restrito à reeleição do período subsequente, ou seja, a dois mandatos⁴². Já a respeito da reeleição dos membros do legislativo, o debate sobre a forma de eleição e perpetuação dos parlamentares não começou na redemocratização do país. Desde a ditadura militar por meio do Ato Institucional nº 16, de 1969, se foi proibida expressamente a possibilidade de reeleição das mesas (GUIMARÃES, Luís 2020).

Com o passar dos anos, a Assembleia Nacional Constituinte teve algumas oportunidades para modificar o regramento adquirido durante a ditadura militar (inclusive em 1977 quando aprovou a Emenda Constitucional nº 16, de 1997 com as reconduções para o chefe do Poder

⁴² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art.14 Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988

Executivo) mas optou por não fazer. Dessa maneira, no Brasil, cada legislatura conta com quatro anos, tempo de mandato dos deputados federais e coincidente com o início do mandato dos senadores, de oito anos.

2.2 REELEIÇÕES PRESIDENCIAIS DA MESA

Como dito, de acordo com a Constituição Federal, é vedada a possibilidade de reeleição para o mesmo cargo em relação à Mesa Diretora em período imediatamente subsequente (art. 57, § 4º). “A Mesa Diretora é órgão colegiado misto, de composição partidária proporcional, que dirige o Poder Legislativo (Federal, Estadual, Distrital e Municipal).”⁴³

O Ato Institucional nº16 de 1969 proibiu expressamente a possibilidade de reeleição das mesas, vindo este dispositivo a ser constitucionalizado posteriormente pela Emenda Constitucional nº 1. Esta, denotava que os mandatos das mesas correspondiam ao período de um ano, sendo proibida a possibilidade de reeleição de seus membros.

É inegável que residia naquele anteprojeto o embrião do artigo 57, parágrafo 4º da Carta Magna, da forma como está expresso hoje em dia. Mesmo nos anos de 2003 e 2006 quando ocorreram alterações no artigo 57 da Constituição⁴⁴, ainda assim, o legislador manteve o regramento a respeito da reeleição com o intuito de preservar o Poder Legislativo e assegurar a renovação das mesas diretoras da Câmara e do Senado.

Em outra análise, neste ano, foi defendida pela advocacia do Senado juntamente com o STF a possibilidade de reeleição dos presidentes da Casa e da Câmara dos Deputados. Sendo que entre os argumentos citados para isso, estava a manifestação da independência entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no país.

Ao passo que, como disse José Afonso da Silva⁴⁵, compete ao presidente da Câmara e à Mesa Diretiva o controle da organização administrativa, bem como a tomada de todas as providências necessárias à regularidade dos trabalhos legislativos, ela exerce uma função considerada atípica do poder ao qual corresponde. Vale ressaltar ainda que o Poder Legislativo exerce esta função quando organiza os seus serviços, inclusive quando realiza a composição da Mesa Diretora ou mesmo dos vereadores que integram as comissões permanentes.

“Ao Poder Legislativo cabe, como função típica, a edição de normas gerais e impessoais, estabelecendo-se um processo para sua elaboração[...] em contrapartida, o Congresso Nacional, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, tem o direito

⁴³ Fonte: Artigo do site Conteúdo jurídico “Mesa Diretiva do Legislativo. Impossibilidade de reeleição para o mesmo cargo na eleição subsequente”.

⁴⁴ Em 2003 ocorreram alterações na Emenda Constitucional 16/97 a qual instituiu a reeleição para chefes do Poder Executivo. No julgamento do RE344882 foi decidido que parentes poderiam concorrer nas eleições, desde que o titular do cargo tivesse o direito à reeleição e não concorresse na disputa.

⁴⁵ DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional Positivo, 22º Edição, editora Malheiros, 2002.

de rejeitar o veto, restando para o Presidente do Senado promulgar a lei nos casos em que o Presidente da República não o fizer no prazo previsto.⁴⁶”

Sendo assim, segundo os advogados do senado, as Mesas Diretoras do Legislativo exercem a função de execução comparável ao do Poder Executivo e dessa forma os integrantes do Executivo (presidente da República, a governadores e a prefeitos) e os presidentes das Mesas deveriam, logicamente, ter as mesmas prerrogativas. Logo, defenderam que as disposições da Constituição acerca da reeleição no âmbito Executivo também poderiam ser estendidas aos comandos do Senado e da Câmara.

Há, contudo, uma exceção à regra pela qual o Supremo Tribunal Federal (STF) admite a reeleição das Mesas e está ocorre somente em legislaturas (períodos de quatro anos entre duas eleições nacionais) diferentes. “Graças a essa interpretação, o Senado já teve quatro presidentes reeleitos desde a promulgação da Constituição: Renan Calheiros (MDB-AL), por duas vezes (em 2007 e 2015); Antônio Carlos Magalhães (BA), em 1999, e José Sarney (MA), em 2011. Na Câmara isso aconteceu duas vezes: com Michel Temer (SP), em 1999, e com o atual presidente, Rodrigo Maia, em 2019”⁴⁷.

Nesses termos, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que altera as regras para a eleição das mesas diretoras do Poder Legislativo foi encaminhada para o Senado e com ela seria prevista a permissão para a reeleição dos membros dentro da mesma legislatura. O texto (PEC 33/2020) foi apresentado pela senadora Rose de Freitas (Podemos-ES). Segundo Rose, a regra antiga estaria “descompensada” desde 1997, quando a Constituição passou a admitir a reeleição apenas para o Executivo, sendo, de acordo com ela, necessário “harmonizar” a situação.

2.3 PRINCÍPIO DA ROTATIVIDADE

De acordo com Hely Lopes Meirelles⁴⁸, a vedação para a reeleição subsequente reitera o chamado “princípio da rotatividade”. A partir deste, ocorreria o que seria, metaforicamente, uma “oxigenação” do sistema representativo ao fazer circular novos representantes, novas ideias e novas mudanças no corpo do ordenamento. Conforme Hely afirmou, o mandato da Mesa, pelo princípio constitucional da rotatividade, deve ser, no máximo, de dois anos, vedado a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

Como a rotatividade é um princípio que estrutura o Estado democrático, é natural que a sua qualidade advenha pela votação direta ou indireta. Entretanto, mesmo a sociedade possuindo predicados estruturais e intelectuais para, por si própria, produzir uma certa

⁴⁶ _____, Constituição Federal de 1988 art. 66 e §§.

⁴⁷ Fonte: Agência Senado 2020

⁴⁸ Jurista e advogado reconhecido como um dos principais doutrinadores do direito administrativo e do direito municipal brasileiro.

rotatividade política, não é apenas dela que o governo consegue instrumentos para se delimitar. Muitos fatores como compra de votos e trocas de favores acabam por dificultar o acontecimento da democracia plena além disso, muitas vezes o próprio sistema inviabiliza a concretude do viés democrático ao dar ferramentas legais para que certas “politicagens”⁴⁹ ocorram. Dessa forma, a consequência imediata acaba sendo a ausência de rotatividade e da alternância de poder⁵⁰.

Em síntese, para que a rotatividade reine é importante, que além de um esquema de pesos e de contrapesos suscitado por Montesquieu⁵¹ se provoque na política uma dialética capaz de sustentar a alternância de poder com uma pauta voltada para a sociedade “moderna” somada a um correto sistema de governo e dispositivos constitucionais que deem oportunidade aos outros concidadãos de ascenderem e trazerem novas ideias.

É sobremaneira esquecido este segmento. E, na verdade, ele é muito mais do que importante; ele é mesmo o que verdadeiramente conduz a uma democracia de qualidade: uma cada vez maior participação e reforçando um florescer de ideias e ideais que vão reforçar as políticas. (OURIQUE, Arnaldo)

De acordo com o que foi suscitado pelo autor Emerson Santiago, para que novos métodos políticos e administrativos sejam introduzidos no ordenamento, a concretude da rotatividade ou alternância de poder é essencial. Apenas dessa forma seria colocado um fim aos vícios políticos.

Os novos administradores que divergem do status quo contribuem para reformular as antigas práticas por meio de métodos modernos de administração [...]. Compete a todos os setores da sociedade dotados de consciência política, prezar pela transparência para que se concretizem as transformações de que o país necessita. (SANTIAGO, Emerson)

3. UMA QUESTÃO INTERNA CÓRPORIS?

Uma outra análise argumentativa perpassa da manifestação enviada pela Advocacia-Geral da União (AGU) ao Supremo Tribunal Federal defendendo a tese de que a reeleição dos presidentes da Câmara e do Senado é um assunto que deve ser decidido internamente pelos próprios parlamentares. De acordo com o advogado-geral da União José Levi em matéria para

⁴⁹ Do dicionário Michaelis: po-li-ti-ca-gem

1 Política de baixo nível, voltada para interesses pessoais: Infelizmente, muitos dos nossos representantes nas várias esferas do governo primam pela politicagem. 2 Grupo de políticos que se dedicam a esse tipo de política: Acho que há muita politicagem no congresso.

⁵⁰ Conceito relacionado diretamente ao de democracia e que condena a perpetuidade de dirigentes políticos no poder. Tanto o termo quanto o conceito de democracia foram herdados da antiga Grécia, e atualmente, a maioria das sociedades contemporâneas adotam um regime profundamente inspirado nesta ideia, com vários graus de imperfeição. (Fonte: Infoescola)

⁵¹ Em sua obra “O Espírito das leis”, Montesquieu descreve sobre a necessidade de se estabelecer a autonomia e os limites entre os poderes. No seu pensamento, cada Poder teria uma função específica como prioridade, ainda que pudesse exercer, também, funções dos outros poderes dentro de sua própria administração. O Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função. (Fonte: site do TJDFT)

o ISTOÉ, a “Constituição não esgota as possibilidades de recondução”. Dessa forma, a AGU informou à imprensa que o que cabe nesse caso é uma decisão interna das Casas.

Uma decisão interna *cóporis* corresponde aos atos internos do Congresso Nacional cujo desenrolar produz efeitos somente no âmbito de onde os atos foram editados. Nesta situação, a discussão ficaria imune aos controles jurisdicionais, ainda mais pelo fato de a norma em questão não violar a Constituição e os direitos dos órgãos e servidores.

Ademais, não é de hoje que as discussões acerca de mandatos sucessivos existem. Desde a Constituição de 1824, as questões relativas à duração dos mandatos dos membros das mesas e a possibilidade, ou não, de reeleição são tratadas no âmbito dos regimentos internos das casas legislativas, sempre com status de questões interna *cóporis*. Assim sendo, é delegado aos regimentos internos das casas legislativas o tratamento da questão.

4. ENTENDIMENTO DO STF

O caput do artigo 102 da Lei Maior de 88 diz que a competência principal do STF é guardar a Constituição. Mesmo assim, não se pode negar que são responsabilidades também do STF outras obrigações além das ligadas ao controle de constitucionalidade concentrado.⁵²

No dia 4 de dezembro deste ano (2020), o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento sobre a autorização da chance de reeleição dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A análise da ação protocolada se deu sob o questionamento do PTB o qual indagava se a reeleição dos presidentes das duas Casas Legislativas poderia ocorrer dentro de uma mesma legislatura ou apenas no início de uma nova (a cada quatro anos).

O posicionamento do partido era contra a recondução de ambos nas eleições do próximo ano e se sustentava no artigo da Constituição a respeito da proibição da recondução dos membros da Mesa para a eleição subsequente. Por outro lado, o Senado, em parecer enviado ao STF, se posicionou a favor da possibilidade de reeleição utilizando como argumento a similitude da regra que permite a reeleição dos membros do poder Executivo. Segundo a Advocacia-geral da União e a Procuradoria-Geral da República a decisão seria de caráter interno do Poder Legislativo.

Dentre as opiniões de constitucionalistas não houve consenso a respeito da matéria polêmica. Assim, para nomes como Geraldo Ataliba, Michel Temer e Celso Bastos, haveria sim a possibilidade de reeleição nos termos que o Presidente da Mesa Diretora do 2º biênio da 51ª Legislatura poderia ser Presidente da Mesa Diretora do 1º biênio da 52ª Legislatura.⁵³

⁵² Este ano o STF julgou a suspensão da inelegibilidade do prefeito de Duque de Caxias (RJ), Washington Reis (MDB) enquadrado em 2016 na Lei de ficha limpa pela condenação de crime ambiental.

⁵³ Estrutura organizacional da Assembleia Legislativa.

Em outra vertente, discordando desse posicionamento, José Afonso da Silva alinhou-se pela não possibilidade de reeleição de uma Legislatura para outra. É válido suscitar que Afonso Silva dedica em seu livro uma parte para falar dos princípios gerais do processo legislativo e um deles, chamado de "princípio da unidade de legislatura" afirma que cada legislatura é única, pois representa exatamente aquela composição congressional. Devido a isso, ela desempenharia um importante papel, já que é ela quem separa o funcionamento de cada Congresso desvinculando-o do existente na legislatura anterior. (SILVA, 2006, p. 52)

Outros órgãos⁵⁴ quando questionados sobre seus referidos posicionamentos, afirmaram que o entendimento da matéria seria de natureza interna *cóporis* não sendo cabível o julgamento pelo Judiciário e devendo cada Casa Legislativa fazer a resolução. Contudo, o STF deu seguimento ao tema e por fim vetou a possibilidade de reeleição dos presidentes para o ano seguinte indo a favor do dispositivo Constitucional que dispunha quanto ao impedimento da recondução na chefia das casas dentro da mesma legislatura.

CONCLUSÃO

Não é novidade que desde o fim do Regime Monárquico e a Proclamação da República uma prática viciosa faz com que o poder político se concentre nas mãos de pequenos grupos e seja passado adiante entre gerações muitas vezes de uma mesma família. Esta prática, infelizmente permanece viva na sociedade por meio de artimanhas políticas e acabam inviabilizando a rotatividade dos membros políticos.

Neste sentido, a recondução aos cargos vinha se mostrando uma boa alternativa para aqueles que enxergam a política como um mecanismo de se manter em seus privilégios e garantias. Logo, esse instituto que na maioria das vezes teve como pretexto o argumento de manter os postos por causa de experiência ou de necessidade de um tempo maior para a concretude de projetos, tornaria difícil que os amantes da Constituição alcançassem o plano da eficácia plena dos direitos individuais.

Como se não bastassem os demais problemas observados em âmbito legislativo quanto a falta de preocupação com o nível de escolaridade e capacitação dos representantes na Câmara, além da impossibilidade de renovação total do senado, de acordo com o que foi pontuado pelo Constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos ao defender o fim da reeleição: "O Brasil é uma república na forma de governo que prima pela alternância no poder. A reeleição, ainda que por um período, abre as portas para a malfadada perpetuidade no gozo da soberania, burlando o

⁵⁴ Dentre os três Regimentos Internos, somente o Regimento da Câmara dos Deputados é expresso ao dispor sobre a possibilidade de reeleição para o mesmo cargo, em mandato imediatamente subsequente e em diferentes Legislaturas (RICD, art. 5º, § 1º). Já os Regimento do Senado Federal (art. 59) e da Câmara Legislativa do Distrito Federal (art. 9º) não dispõem nada expressamente a esse respeito.

princípio republicano, que apregoa a limitação, rigorosamente temporária, de mandatos eletivos. No momento que funções efêmeras se convertem em permanentes, o uso da máquina administrativa do estado pode vir à tona, ainda que se envidem esforços para coibir fraudes aparelhando melhor a Justiça Eleitoral e o Ministério Público. Não raro, os que buscam reeleger-se não medem esforços para alcançar seu intento”.

Portanto, pode-se concluir que a decisão do Supremo foi assertiva e responsável uma vez que o instituto da reeleição foi criado no Brasil para favorecer a manutenção no poder e assim continuaria funcionando. Apesar de saber que sempre haverá um jeito de subverter os princípios democráticos para a realização de politicagens, deve-se ter em mente que um dos princípios bases da sociedade democrática é a alternância de poder e tendo em vista as falhas que já existem no ordenamento, em pleno século XIX, o prolongamento dos mandatos por mais de 2 períodos não deve ser admitido a fim de manter a sobrevivência dos princípios que regem nossa Constituição e a rotatividade dos ideais de democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*/Luís Roberto Barroso. - 5. Ed. São Paulo.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2006. 921 p. ISBN 85-7420-740-3.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional Positivo*, 22º Edição, editora Malheiros, 2002.

SANTOS, Afonso Mendes. *Fim da reeleição no Executivo: a quebra da assombração do continuísmo e preservação do princípio da igualdade no processo eleitoral*. Artigo Publicado em: 15/2025. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39577/fim-da-reeleicao-no-executivo-a-quebra-da-assombracao-do-continuismo-e-preservacao-do-principio-da-igualdade-no-processo-eleitoral>. Acesso em: 04 de dez. de 2020

DELGADO, José Luís. *Reeleição de membro da Mesa*. O antagonista. Fev. 2020. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2020/02/Davi-Alcolumbre.pdf> Acesso em: 04 dez 2020

COUTO, Cláudio G.; ABRUCIO, Fernando. O segundo governo FHC: coalizões, agendas e instituições. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 15, n. 2, pág. 269-301, novembro de 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200011&lng=en&nrm=iso>. acesso em 10 de dezembro de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão do Poder Legislativo. Anteprojeto aprovado pela Subcomissão. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-109.pdf>. Acesso em: 04 de dez de 2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

GUIMARÃES, Gustavo. L. F. Entre o correto e o conveniente. 5 de outubro de 2020, 10h37. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-05/luis-guimaraes-entre-certo-conveniente>>

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 16, de 1997. lex. Secretaria de Informação Legislativa. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/540603/publicacao/15635208>.

110

CRONOLOGIA da reeleição. Folha de S. Paulo, 18 de maio de 1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/18/brasil/19.html>> Acesso em: 04 dez de 2020.

OURIQUE, Arnaldo. A rotatividade como direito fundamental. Correio dos açores, 25 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://correiodosacores.pt/NewsDetail/ArtMID/383/ArticleID/17754/A-rotatividade-como-direito-fundamental>> Acesso em: 10 de dez. de 2020.

SANTIAGO, Emerson. Alternância de poder. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/politica/alternancia-de-poder/>> Acesso em: 10 de dez. de 2020

AGU: reeleição dos presidentes da Câmara e Senado é decisão interna do Congresso. ISTOÉ, 16 de set. de 2020, EDIÇÃO Nº 1201 11.12. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/agu-reeleicao-dos-presidentes-da-camara-e-senado-e-decisao-interna-do-congresso/>> Acesso em: 10 de dez. de 2020.

SENADO recebe PEC que pode permitir reeleição de Mesas do Congresso. Senado notícias. 08/09/2020, 18h21. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/08/senado-recebe-pec-que-pode-permitir-reeleicao-de-mesas-do-congresso>> Acesso em: 4 de dez. de 2020.

ADVOCACIA do Senado aponta ao STF brecha legal para reeleição de Alcolumbre e Maia. Folhapress, 27/08/20 às 15H19. Disponível em: <<https://www.folhape.com.br/politica/advocacia-do-senado-aponta-ao-stf-brecha-legal-para-reeleicao-de/152622/>> Acesso em: 10 de dez de 2020

RAMOS, Diego da S. Mesa Diretiva do Legislativo. Impossibilidade de reeleição para o mesmo cargo na eleição subsequente. 15 jan. 2020, 04:36. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54140/mesa-diretiva-do-legislativo-impossibilidade-de-reeleio-para-o-mesmo-cargo-na-eleio-subsequente>> Acesso em: 10 de dez. de 2020.

SENADORES divergem sobre possibilidade de reeleição dos presidentes do Senado e da Câmara. Senado notícias, 03 de set.2020, 20h35. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/03/senadores-divergem-sobre-possibilidade-de-reeleicao-dos-presidentes-do-senado-e-da-camara>> Acesso em: 6 de dez. de 2020.

VIVAS, Fernando. FALCÃO, Marcio. Voto do relator Gilmar Mendes no STF permite reeleição de Davi Alcolumbre e Rodrigo Maia. TV Globo, Brasília, 04 de dez 2020 00h26. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/12/04/gilmar-mendes-vota-a>

favor-de-uma-unica-reeleicao-para-presidencias-de-camara-e-senado.ghml> Acesso em: 06 de dez de 2020

DECISÕES DE TRIBUNAIS NACIONAIS

Recurso Extraordinário a respeito da Emenda Constitucional N° 16, de 1997: RE 344882

(rodapé 6)

Elegibilidade do prefeito de Duque de Caxias: AP 618. Decisão do TRE-RJ. Início:2018, Fim: 2020 (rodapé 14)

Vedação às reeleições presidentes da Mesa: ADI 6.524 – 2020. Decisão do STF

RE 344882. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2015226>. Acesso em: 14 de dez de 2020

AP 618. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4094146>> Acesso em: 14 de dez de 2020

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: GUERRA FISCAL COMO VETOR DE TENSÃO NO SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO

*Alexandre Pedrosa Ribeiro
Humberto Fernandes Fraga*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF88) consagrou o modelo de federalismo como modelo de repartição do poder político. O poder constituinte originário inaugura o texto da Carta Magna no seu art. 1º positivando a forma do estado brasileiro com diversos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), todos eles autônomos, dotados de governo próprio e de capacidade política. O Estado federal, segundo a doutrina, apresenta duas características: autonomia e participação.

A autonomia traduz-se na possibilidade de os Estados e Municípios terem sua própria estrutura governamental e competências, distintas daquelas da União. A participação, por sua vez, consiste em dar aos Estados a possibilidade de interferir na formação das leis. Ela é garantida, em nosso ordenamento jurídico, pelo Senado, órgão legislativo que representa os Estados. Na síntese lapidar da excelentíssima Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) Cármen Lúcia Antunes Rocha, na sua obra *República e Federação no Brasil: o federalismo representa a “unidade da pluralidade”*.

Historicamente, o federalismo se desenvolveu a partir de uma concepção dualista, como aquela existente no sistema norte-americano, delineado na Constituição de 1787, em que concebia uma divisão estanque de competência entre duas orbitas de governo paralelas: A União e os Estados, com atribuição de competências exclusivas ou privativas ao ente federal e aos entes estaduais. Entretanto, essa visão foi sendo suavizada com o passar do tempo, a medida que viu-se que certas tarefas constitucionais prosperam mais facilmente com a distribuição comum de competências, que é o conhecido federalismo de cooperação.

Na seara financeira e tributária o federalismo se manifesta na forma como a riqueza produzida no país é dividida entre os entes. Para cumprir as demandas que a própria constituição outorga são necessários recursos. Esses recursos têm como sua principal fonte os tributos. É através dos tributos, que são instituídos, arrecadados, e repartidos entres os entes, que as tarefas designadas pela CF88 são alcançadas. Nesse ponto, pode-se destacar os ilustres autores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein que colocam: “Quando estruturado constitucionalmente e feito (em termos relativos) democraticamente responsável, o governo é um dispositivo indispensável para mobilizar e canalizar efetivamente recursos difusos da comunidade, trazendo-a para suportar os problemas, em operações direcionadas, sempre que elas emergirem.”.

O modelo original proposto pelo legislador constituinte teve a intenção primordial de dirimir os conflitos de competência no que tange as principais fontes de recurso, distribuindo-se assim os tributos com maior potencial arrecadatório a partir de sua materialidade econômica, dando-se campos distintos para os entes atuarem, cenário típico de repartição fixa de competências, aproximando ao modelo de federalismo dualista. Entretanto, a própria CF88 mitiga essa repartição estanque criando uma série divisões arrecadatórias, de concentração de competência em certos tributos, e de parafiscalidade concentrada em um único ente, a União, criando uma clara tendência ao federalismo de cooperação.

2. GUERRA FISCAL DOS ESTADOS

O termo “guerra fiscal” ficou consagrado nos últimos anos pela disputa entre os estados no embate por investimentos de empresas e conseqüentemente pela concessão desmedida de benefícios e renúncias fiscais, porém a origem primordial da “guerra fiscal” no Brasil está no modelo adotado pela Carta Magna de 1988.

A CF88 buscou em seu texto dar equilíbrio ao poder de tributar dos entes federativos, todavia, o próprio texto impeliu diversas competências subsidiárias e brechas para que a União tivesse mais poder nesse duelo por mais recursos. Assim, o que se viu pós 1988 foi uma crescente ampliação na base arrecadatória da União através da instituição desmedida das contribuições especiais. A ideia primordial era da parafiscalidade, com destinação específica de recursos para melhor prover a sociedade, porém o que se viu foi um crescimento indiscriminado desses tributos, incrementando ferozmente os cofres da União, e fugindo de sua proposta inicial.

A finalidade específica que motiva essas contribuições se perdeu completamente, ao passo que houve uma diluição delas no orçamento fiscal dando margem a utilização dos recursos provenientes das mesmas para os mais diversos fins. Somado a isso, por questões de competitividade econômica internacional, deu-se desoneração total em exportações para o ICMS e ISS, tributos mais importantes dos estados e grandes capitais respectivamente. Como os estados ficaram cada vez mais fragilizados nessa disputa por recursos, esse cenário gerou uma competitividade voraz por disputa de investimentos em seus territórios e conseqüentemente uma série de incentivos e benefícios fiscais relacionados ao ICMS (Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte e comunicação) foram concedidos gerando a famosa “guerra fiscal” entre os estados.

Dispõe a CF88 em seu art.155, §2º, XII, que trata do ICMS: “Cabe à Lei Complementar: g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Como visto, a CF88 estabeleceu

que quaisquer benefícios fiscais relativos ao ICMS dependem de deliberação dos Estados e do DF e que a concessão desses benefícios seja regulamentada por lei complementar.

Por isso foi recepcionada a Lei Complementar nº24 de 1975 que dispõe sobre as regras dos convênios para a concessão de isenções e quaisquer outros benefícios fiscais acerca do ICMS. Essa lei complementar tem por objetivo evitar a Guerra Fiscal entre os Estados pois impede que os mesmos ofereçam benefícios fiscais ao seu bel prazer com o intuito de atrair as grandes empresas para seus territórios renunciando parte de sua receita tributária.

Os convênios celebrados entre as Unidades Federativas, através do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária, o qual é composto pelos 27 Secretários de Estado de Fazenda e um representante da Fazenda Nacional), devem ser respeitados por todas as Unidades da Federação. Entretanto a “guerra fiscal” é muito mais ampla e complexa do que a concessão unilateral, por parte dos Estados e do Distrito Federal, de benefícios fiscais.

Isso porque a unanimidade dificilmente é alcançada e os estados concedem diversos benefícios sem respeitar qualquer tipo de convenio. A consequência dessas concessões sem o amparo do CONFAZ é uma intensa disputa em âmbito judicial para anulação dos benefícios concedidos. A insegurança jurídica gerada com inúmeras decisões judiciais eivadas de forte pressão política deixa os contribuintes, que são atraídos a fazer voluptuosos investimentos, em um ambiente de incerteza. Derzi, Júnior e Moreira consagram em sua celebre obra “Estado Federal e Tributação: Das origens a crise atual”: “Boa parte da desconcentração industrial e do desenvolvimento econômico de regiões mais pobres do país devem-se, em parte, a chamada guerra fiscal.”.

O aclamado autor José Souto Maior Borges ensina: “As isenções do ICMS poderão ser estabelecidas ainda em convênios interestaduais, disciplinados por lei complementar (CF, art155, §2º, XII, g). A lei complementar estabelecerá, também em tais casos, normas de sobredireito, normas sintaticamente vinculantes para o procedimento de celebração de convênio isentantes pelos Estados-membros.

A lei complementar aqui não isenta. Só o convênio pode fazê-lo. O papel da lei complementar consiste em regular a forma -é a linguagem da CF- como as isenções serão objeto de deliberação e concessão em convênios interestaduais.”. Contudo, o próprio doutrinador alerta que o convênio não é instrumento legislativo, sendo assim não é o mesmo que concede a isenção. Ele apenas permite que o poder legislativo de cada estado e do distrito federal venha a fazê-lo.

O consagrado autor Roque Antônio Carrazza dá luz a esse ponto: “Os Estados e o Distrito Federal podem também conceder (ou revogar) isenções, em matéria de ICMS, por meio

de decreto legislativo, que ratifica convênio entre eles firmado. Só após aprovados legislativamente, os convênios que concedem isenções de ICMS passam a ter eficácia.”.

No federalismo fiscal, a origem dos principais problemas que se apresentam está relacionada ao desenvolvimento econômico. Em primeiro lugar as controvérsias ligadas a competência tributária e a atração de investimentos, em segundo a repartição de receitas. Por último, com a necessidade de responder aos problemas anteriores, a determinação de quem está facultado a colocar ordem na competência fiscal.

Vê-se que, nesse caso, o papel da lei complementar atende tanto ao conflito de competência, que pode surgir quando um estado concede benefício fiscal e o outro não, quanto as limitações ao poder de tributar tendo em vista que nestas estão inseridos os princípios constitucionais tributários e o princípio da federação. O princípio da federação, além de ser constitucional, é reflexo direto na esfera tributária, que mantém a autonomia financeira dos entes federados, como coloca o ilustre autor Roque Antônio Carrazza: “Para que saibamos, de modo seguro e científico, até onde vai a competência tributária da União e dos Estados-Membros, devemos conhecer, preliminarmente, as reais dimensões do princípio federativo, no Brasil.”.

Caso um ente conceda benefício fiscal tamanho que comprometa a arrecadação de outro ente, ocasionando, assim, a “guerra fiscal”, verifica-se então que o princípio federativo se encontra em risco, devido ao fato da autonomia restar prejudicada, tornando dessa maneira o instrumento da lei complementar de uso necessário visando equacionar situações de conflito federativo.

Acrescentando o acima exposto analisa-se o conteúdo da ADI nº 2549 do Distrito Federal, na relatoria o excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, que explica: “(...)Quis o legislador constituinte, ao mencionar “deliberação” dos Estados e do Distrito Federal, evidenciar a necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da perniciosa “guerra fiscal” entre eles. À lei complementar restou discricionária apenas a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional. (...) É evidente que essa preocupação, ao restar positivada, demonstra o zelo do legislador constituinte com os equilíbrios financeiros e político inerentes ao pacto federativo. O federalismo opõe certas condicionantes à atuação dos entes federados de forma a preservar sua harmonia e eficiência.”. Há, portanto, uma escolha política, fundamentada no federalismo, que é positivada na CF88 como forma de manter o equilíbrio do pacto federativo.

Ratificando essa visão a partir da ótica do relator, o excelentíssimo Ministro Luiz Fux na ADI nº 5467, tem-se: “1. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de

benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional.

2. In casu, padecem de inconstitucionalidade os dispositivos impugnados da Lei 10.259/2015 do Estado do Maranhão, porquanto concessivos de benefícios fiscais de ICMS sem atendimento à exigência constitucional (artigo 155, § 2º, XII, g).

3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado PROCEDENTE, conferindo à decisão efeitos ex nunc, a partir da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (artigo 27 da Lei 9.868/99).”.

A lei do maranhão concedia benefícios fiscais à título de crédito presumido. Ora, a CF88 visa proteger o pacto federativo exarando sua posição no sentido que tais benefícios devem ser concedidos sobre a deliberação dos estados. Para o STF restou claro que o descumprimento de tal preceito colocaria em risco o pacto federativo e o equilíbrio dos entes federativos.

Por fim, corroborando-se o entendimento supracitado, tem-se o posicionamento contumaz da relatora, a excelentíssima Ministra Rosa Weber na ADI nº 5816, em que firma:

6. (...)A simples leitura desse dispositivo (art. 155, § 2º, XII, g da Constituição de 1988) evidencia que o seu objeto não se limita à reserva de lei complementar. O preceito delimita a regulamentação a ser estabelecida pela lei, exigindo expressamente a deliberação dos Estados e do Distrito Federal para que os benefícios sejam concedidos e revogados. Ao fazê-lo, consagra, já no plano constitucional, o requisito da deliberação entre os Estados e o Distrito Federal, comumente designado “reserva de convênio”. 7. O requisito estabelecido pelo art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição de 1988 tem duas finalidades primordiais. A primeira é viabilizar a estruturação de uma política racional de estímulos econômicos no âmbito do ICMS, de caráter nacional, consentida e coordenada por todos os Estados e pelo Distrito Federal. Dela decorre a segunda finalidade, mais específica, de evitar a competição predatória entre os Estados da Federação - considerado também o Distrito Federal - para atrair contribuintes aos seus territórios. Essa competição, denominada “guerra fiscal”, é motivada por finalidades em tese nobres, como a geração de empregos e, por vezes, a redução de desigualdades sociais e regionais, mas costuma produzir efeitos deletérios para todos os envolvidos e, inclusive, para terceiros, afetando a economia e as finanças: i) dos Estados que a promovem, pela redução da arrecadação do imposto, de extrema relevância na esfera estadual; ii) dos Municípios neles situados, que veem reduzida a sua participação nas receitas do ICMS, fixada em 25% da arrecadação total pelo art. 158, VI, da Constituição; iii) dos demais Estados, que deixam de receber novos contribuintes ou empreendimentos em seus territórios - ou, pior, perdem aqueles que lá estavam instalados; e iv) dos Municípios situados nestes Estados, que também sofrem os reflexos da redução na arrecadação do ICMS. Esses efeitos nocivos são agravados pelo fato de os incentivos não serem concedidos por um único ente político. Trata-se, afinal, de uma guerra, em que as agressões são multilaterais, com a concessão de benefícios ilegítimos por diversos entes federativos, por vezes numa espécie de verdadeiro leilão.

O estado do Paraná nesse caso estipulou duas alíquotas diferenciadas para as operações internas ou interestaduais, em razão do local da industrialização dos produtos de informática, automação e telecomunicação, com base em autorização conferida por lei estadual. O STF

entendeu como uma quebra ao pacto federativo e concedeu decisão favorável ao estado do Amazonas, impetrante em tal pleito. Percebe-se que a “guerra fiscal” adocece o sistema judiciário brasileiro com estados buscando justiça econômica através do judiciário graças a um sistema falho de concessão de benefícios, incentivos e créditos.

3. RECEPÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº24 DE 1975.

A lei complementar foi concebida sobre a égide de uma constituição autoritária. A constituição de 1967 nasceu em pleno regime militar e com isso havia uma tendência natural a centralização do poder. À época, o contexto político-econômico era do lançamento do II Plano Nacional de Desenvolvimento, que, após a crise do petróleo, buscava reestruturar a economia brasileira.

A estrutura da LC 24/75 era clara, caberia a partir de então à União exercer o controle da elaboração da política fiscal do país, exercendo um papel de coordenação sobre os estados, a ponto do ministro da fazenda liderar o conselho dos estados. Somado a isso, a questão da unanimidade alude claramente a um controle proeminente da União Federal sobre a gestão de benefícios fiscais. A LC 24/75 no seu art. 2º, § 2º positiva: “A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.”

Ao tratar da guerra fiscal e das concessões unilaterais de benefícios fiscais percebe-se uma preocupação com o equilíbrio do regime federativo, mas sobretudo com o controle federal sobre o órgão gestor dos benefícios. Para o Supremo Tribunal Federal (STF) a LC 24/75 foi recepcionada com naturalidade apesar de parte da doutrina divergir. A parte da doutrina que defende a recepção se apega principalmente ao ADCT art. 34 § 8º que se refere expressamente a LC 24/75 ao tratar da forma pela qual os Estados e o Distrito Federal devem fixar, de forma provisória, normas gerais de ICMS se não tiver sido aprovada em sessenta dias lei complementar específica acerca da matéria.

Derzi, Júnior e Moreira fazem duras críticas a recepção, se posicionando como no trecho a seguir:

(...) não nos parece ainda que o legislador complementar tenha total autonomia para definir o quórum que bem entender. Esse quórum complementar deve respeitar os ditames constitucionais. Se o Senado delibera por maioria absoluta para fixar alíquotas mínimas, não nos parece que os Estados possam deliberar por quórum menor que esse. Contudo, não nos parece que, se o Senado Federal pode, dentro do jogo democrático, por maioria, alterar as alíquotas interestaduais ou instituir a alíquota interna mínima do ICMS, que os Estados não tenham autonomia para fazer isso, estando obrigatoriamente sujeitos a um idealizado consenso unânime.

O ponto abordado pelos autores supracitados é interessante, visto que, se houvesse um meio mais fácil de conceder benefícios, e que se enquadrasse democraticamente nas linhas

constitucionais, geraria um alívio imediato nas tensões criadas pela guerra fiscal desmedida. Os estados poderiam reduzir a enorme quantidade de benefícios concedidos de forma irregular, e consequentemente reduziram a polarização de pleitos na esfera judicial abarcando inclusive, disputa de poder político e geográfico, com forte pressão sobre juristas em todo o Brasil e principalmente nos tribunais superiores.

4. GUERRA FISCAL NOS MUNICÍPIOS

Entre os municípios também se verifica grande competição por recursos. Os municípios foram os grandes beneficiados da partilha fiscal instituída pela CF88, que procurou assegurar-lhes uma autonomia financeira que inexistia, na prática, no regime constitucional anterior. Além de possuírem competência tributária para instituição de dois impostos com receitas consideráveis, como o IPTU (Imposto sobre propriedade territorial e urbana) e ISS (Imposto sobre serviço de qualquer natureza), os municípios participam na repartição da arrecadação dos outros impostos federais e estaduais.

Com isso, após a CF88 verificou-se uma explosão no número de municípios criados, muito deles inviáveis do ponto de vista financeiro, exclusivamente dependentes de Fundos de Participação dos Municípios para sua sobrevivência. Com o passar do tempo os recursos desses fundos tiveram forte queda devido as incontáveis desonerações em impostos de competência da União e dos estados como IPI e ICMS.

A guerra fiscal é verificada nos municípios também acerca do ISS. Assim como no caso do ICMS em que há intensa disputa por investimentos, o ISS vem sofrendo disputa similar, porém em outro campo, o da materialidade acerca do fato gerador do tributo: a prestação de serviço. A concessão de incentivos fiscais para atrair grandes prestadoras de serviço no mercado é só uma parcela de um problema muito mais amplo.

A “guerra fiscal” foi potencializada pela posição jurisprudencial oscilante do STJ acerca do município competente para exigir o ISS, sem uma definição clara a respeito do aspecto espacial ligado ao fato gerador do tributo, não indicando claramente se o imposto será devido ao município onde está estabelecido o prestador, onde está estabelecido o tomador, ou onde o serviço de fato é prestado, causando uma grande confusão e um quantidade gigantesca de processos ligadas a posicionamento diferentes ligados a tipos de serviços diferentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A “guerra fiscal” é perniciosa, abala os fundamentos mais importantes para a manutenção do Estado como a Federação e a República, trazendo consequências incalculáveis também a própria noção de democracia, pois sem observar a eficácia da Constituição Federal e

aos seus fundamentos mais profundos como o conceito de federalismo e república, o risco a sociedade é muito grande. Portanto, encontrar medidas viáveis para o seu fim é uma forma de equilibrar os interesses e obtenção da proposta inicial do poder constituinte que visava garantir mais equilíbrio e autonomia aos entes.

A busca de um meio alternativo com um viés mais plural e democrático para concessão de isenções e benefícios fiscais é uma oportunidade que deve ser observada para aliviar as tensões e para que o caminho da inversão no jogo do perde-perde para ganha-ganha possa ser almejado com alinhamento entre os estados em prol desenvolvimento nacional.

A visão de parte da doutrina que entende que o quórum para essa concessão deve ser alterado, com fundamento basilar que a CF88 não abarca em seu corpo nenhum quórum unânime, até mesmo para o poder constituinte derivado, é, sem dúvida, um farol na busca pela harmonização das rupturas geradas ao longo dos anos no federalismo de cooperação pela “guerra fiscal”. A história recente do país demonstrou que as polarizações e conflitos desviam o país do rumo da melhoria nas condições sociais e humanas, é através dessa lente que as decisões devem ser tomadas. A visão deve ser sempre do povo para o Estado, e não o contrário, afinal o Estado é o povo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e dá outras providências Disponível em: planalto.gov.br/ccivil03/leis/lcp/lcp24.htm. Acesso em: 08 de dezembro de 2020.

BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção Tributária. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARRAZZA, Antônio Roque. ICMS. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DERZI, Marcelo; JÚNIOR, Onofre; MOREIRA, André. Estado Federal e Tributação: Das origens a crise atual. 1ª Ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Costs of Rights: why liberty depends on taxes. New York, London: W.W. Norton Company, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

A FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO E OS LIMITES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL NO COMBATE AO COVID-19

Gustavi Cavalcante Marques

1. O CONCEITO DE ORÇAMENTO

O conceito clássico de orçamento o compreendia como simples peça de previsão de despesas e receitas, contudo, modernamente, o orçamento passou a ser visto como lei programática da vida financeira do Estado. Isso significa que, enquanto antes o orçamento não passava de um instrumento contábil e financeiro que buscava um equilíbrio entre despesas e receitas, a concepção moderna passou a se preocupar com os investimentos e o potencial crescimento que eventuais desequilíbrios orçamentários poderiam trazer. Em outras palavras, modernamente a concepção de orçamento prevê e permite até mesmo o endividamento do Estado caso isso seja necessário para o atendimento aos interesses públicos da sociedade. Segundo Harrison Leite:

O orçamento [...] permite ir além de um equilíbrio puramente contábil, entre receitas e despesas, desde que responsabilmente gerido, para se implantar políticas públicas, que permitirão, a médio e longo prazos, administrar os empréstimos, pagando-se os juros desse crédito. Nessa linha, pode-se entender o orçamento público como uma lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período determinado de tempo, discriminando detalhadamente as obrigações que deva concretizar, com a previsão concomitante dos ingressos necessários para cobri-las⁵⁵.

Foi refletindo nesse sentido que o ex-Ministro Carlos Ayres Britto afirmou que a lei orçamentária é “a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição⁵⁶”. Em decorrência desse entendimento, a natureza do orçamento envolve múltiplas perspectivas que justificam a sua complexidade uma vez que, para além de uma mera peça política, ele é também um instrumento técnico, jurídico, político e econômico⁵⁷.

A título de exemplo, podemos imaginar que a compra, por parte de um ente público, de medicações (como a vacina contra o Covid, por exemplo) possui: a) um componente técnico, já que são cálculos contábeis que demonstram o grau de endividamento da Administração e a dimensão de sua capacidade de contrair mais dívidas; 2) um componente jurídico, uma vez que existem normas que determinam os limites percentuais de endividamento e o modo de aquisição do bem (em respeito à proteção da saúde, direito garantido pela Constituição); 3) um componente político, enquanto depende não só de uma decisão, mas, principalmente, de uma

⁵⁵ *Ibid.*, p. 100.

⁵⁶ STF, ADI-MC 4048-1/DF, j. 14.05.2008, p. 92.

⁵⁷ LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 9ª Ed. Salvador: JusPODIUM, 2020, p. 101.

ação do chefe do Executivo e dos membros do Legislativo para proteger à saúde pública em situações específicas; por fim, 4) um componente econômico, uma vez que qualquer ação política deve respeitar o resultado de uma análise minuciosa das taxas de financiamento e da situação financeira da Administração, a fim de escolher a melhor opção⁵⁸.

De acordo com Leite, a constatação do viés *político* do orçamento fica evidente através da escolha de prioridades dos mais diferentes Estados. Assim, enquanto os EUA gastam mais de 50% de seu orçamento com despesas militares, o Brasil gasta mais de 30% com títulos da dívida pública. Além disso, gasta mais com pagamento de juros da dívida do que gasta com educação e saúde. A África do Sul, por sua vez, gasta mais na área social do que em defesa. Nesse sentido, o componente político do orçamento fica manifesto, pois sua elaboração é um reflexo do programa político-partidário e dos anseios de quem ocupa o poder. Portanto, “o orçamento é o instrumento de manifestação desses ideais e planos, dotado, por isso, de nítida característica política⁵⁹”. Nas palavras de Leite:

Tudo revela que o papel neutro e meramente contábil do orçamento não mais existe, constituindo-se ele no principal instrumento de intervenção estatal. Se do lado das receitas reflete o consentimento dos contribuintes na arrecadação, do lado das despesas permite revelar, com clareza, em proveito de quais grupos sociais e regiões, ou para solução de quais problemas e necessidades funcionará a aparelhagem estatal. O orçamento reflete, assim, o programa dos partidos políticos eleitos que os executarão de acordo com o direcionamento das despesas aprovadas⁶⁰.

Em decorrência do seu aspecto político, revela-se, também, sua estreita relação com a garantia dos direitos fundamentais, uma vez que o Neoconstitucionalismo fez toda a ordem constitucional se voltar a esses direitos. Por isso mesmo, na perspectiva constitucional moderna, todas as políticas públicas devem estar voltadas ao cumprimento dos fundamentos constitucionais, sendo o mais importante deles o que faz referência à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88)⁶¹.

Por sua vez, verificamos a dimensão *econômica* do orçamento quando constatamos que ele não é só um instrumento de regulação da Economia (já que leva em consideração a conjuntura econômica para dar cabo da política financeira) como é, acima de tudo, um instrumento de redistribuição de renda (a exemplo dos programas *Minha Casa, Minha Vida* e *Bolsa Família*). Portanto, o orçamento é visto, acima de tudo, como um plano de ação com a difícil missão de equilibrar e compatibilizar as receitas disponíveis com as necessidades sociais, ou seja, “através do orçamento público o Estado pode estimular ou desestimular a produção, o

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid., pp. 101-102.

⁶⁰ Ibid., p. 102.

⁶¹ Ibid., p. 103.

consumo e o investimento, de modo a intervir na economia, direta ou indiretamente (arts. 173 e 174, da CF)⁶².

No que diz respeito ao seu aspecto *contábil* ou *técnico*, o orçamento deve observar regras práticas para a realização de seus objetivos sem que deixe de dedicar obediência a *classificações claras*, rigor técnico no que tange às *normas contábeis* e uma compatibilização racional das *receitas e despesas*. Nesse sentido, o orçamento deve ser elaborado de maneira inteligente a fim de evitar despesas que ultrapassem as receitas e sem que deixe de utilizar receitas disponíveis em despesas necessárias⁶³.

Por fim, seu aspecto *jurídico* se mostra evidente quando se observa sua natureza regulada, a qual deve se alinhar e se submeter aos preceitos constitucionais e às normas infraconstitucionais no ato de sua elaboração. Ao contrário dos regimes absolutistas, quando os reis executavam o orçamento como queriam, atualmente qualquer despesa exige prévia aprovação do Poder Legislativo, representantes legítimos da população. Obviamente, algo do tipo exige regras jurídicas claras e seguras que definam os limites de cada Poder na elaboração do orçamento. Nesse sentido, o orçamento é uma *lei especial*, orientada em harmonia com o conteúdo da Constituição, que regula as ações que promovem a aplicação dos recursos públicos. Portanto, a dimensão jurídica é uma das dimensões mais importantes do orçamento⁶⁴.

2. A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Como mencionado anteriormente, o orçamento é uma lei especial que deve ser orientada de modo a se harmonizar com os princípios constitucionais. Afim de garantir que essa exigência se confirme, uma série de veículos normativos precisam ser elaborados. Contudo, o que são veículos normativos e como podem auxiliar nessa tarefa? De acordo com Paulo de Barros Carvalho, veículos normativos são normas jurídicas que introduzem no ordenamento outras normas as quais podem ser gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas ou individuais e concretas. Em outras palavras, são *continentes* que possuem por *conteúdo* as normas jurídicas⁶⁵.

Nesse sentido, essa esfera jurídica do orçamento, o Direito Financeiro, enquanto ramo do Direito Público que disciplina a Administração pública, encontra sua primeira fonte de referência na Constituição Federal. Contudo, outros instrumentos vão sendo agregados ao passar do tempo, como por exemplo as leis complementares de normas gerais, as resoluções do Senado Federal, as leis ordinárias (como as leis do orçamento) e os demais veículos normativos

⁶² Ibid., p. 103.

⁶³ Ibid., p. 104.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp.47-48.

infralegais (regulamentos, instruções normativas e portarias) e é esse conjunto que forma o todo complexo que é a regulamentação orçamentária do Estado.

Em um primeiro nível, o *Texto Constitucional* oferece a estruturação fundamental dos entes estatais, prescrevendo suas finalidades e indicando os meios através dos quais elas deverão ser atingidas, dentro dos limites do possível. Assim, disciplina as finanças públicas (arts. 163 a 169), disciplina o sistema tributário nacional, (arts. 145 a 162), por fim, disciplina o controle interno e externo do poder público (arts. 70 a 75).

Em outro nível, a lei complementar recebe da própria Constituição o dever de promover a expansão do Texto Constitucional, complementando-o normativamente e operacionalizando seus comandos. O fato de a colocarmos em um segundo nível não significa aqui que ela possui superioridade hierárquica em relação aos outros veículos normativos distintos da Constituição. Contudo, optamos por colocá-la nessa ordem de exposição pelo fato de ela ser o veículo normativo obrigatório imposto pela própria Constituição para o desdobramento de determinadas matéria (como informa os arts. 146, 161 e 163 da CF/88, por exemplo).

Quanto as resoluções do Senado Federal, são instrumentos normativos utilizados para veicular matéria de competência privativa do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados ou do próprio Senado. As resoluções do Senado Federal são de grande importância para a disciplina da dívida pública, pois são elas que autorizam, por exemplo, que os entes federativos realizem operações financeiras externas, que fixam o montante global da dívida consolidada dos entes federativos, entre outros.

Já os atos normativos infralegais da União (portarias federais) possuem a função de elaborar normas de consolidação das contas públicas, tendo efeito obrigatório (apesar de sua infralegalidade) sobre todos os entes federativos. Por fim, existem as leis ordinárias de cada ente federativo, são as leis específicas sobre o orçamento, como as leis orçamentárias anuais (LOA), as leis de diretrizes orçamentárias (LDO), etc.

Foi nesse contexto de elaboração jurídica de diretrizes e obrigações, a fim de oferecer uma maior segurança jurídica na previsibilidade dos gastos, além de evitar erros ou abusos na execução do orçamento, que foi promulgada a lei complementar 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que é o dispositivo normativo que aqui nos interessa. Essa lei complementar foi redigida e aprovada com intuito de inaugurar algo novo no Brasil até então: o conceito de gestão fiscal responsável.

Fundamentada no capítulo II do título VI da CF, essa lei disciplinou apenas os dispostos nos incisos I, II, III e IV do art. 163, no § 9º do art. 165 e no 169 (apenas uma parte do inciso II do § 9º do art. 165 foi regulamentada). Segundo Harada, a LRF omitiu-se na disciplina da parte, considerada por ele a mais importante, que dizia respeito às condições para *instituição e*

funcionamento de fundos. Por conta disso, apesar de revolucionária, a LRF não conseguiu estancar a sangria e continuam abertos os ralos por onde escoam uma parcela considerável das receitas públicas, pois permanecem praticamente imunes aos mecanismos de fiscalização e controle da execução orçamentária⁶⁶.

Apesar disso, a LRF consiste em uma lei de orçamento equilibrado cujo intuito é exercer um maior controle dos gastos públicos e exigir transparência na gestão fiscal afim de promover, através do controle de gastos, o equilíbrio das contas públicas. A LRF tem sido avaliada por analistas econômicos e membros dos governos como sendo um mecanismo capaz de acabar com recorrente desequilíbrio fiscal, principalmente no que diz respeito aos Estados e Municípios. Segundo Harada:

(...) controlar a execução orçamentária significa acompanhar e obter condições para, se for o caso, otimizar os meios de arrecadação da receita pública, de um lado, e adotar medidas de contenção dos gastos, de outro lado, ainda no decorrer do exercício. Trata-se de verificar a compatibilidade entre o planejado e o que está sendo executado. Daí porque a metas anuais de receitas são desdobradas em metas bimestrais de arrecadação, como determina o art. 13 da LRF, exatamente para possibilitar a elaboração da programação financeira com o respectivo cronograma de execução mensal de desembolso⁶⁷.

Contudo, as principais metas da lei estão listadas em seu art. 4º que prevê a prevenção de déficits imoderados e reiterados, limitar a dívida pública a níveis prudentes, preservar o patrimônio público líquido, limitar o gasto público continuado (despesa de pessoal e decorrentes de manutenção de investimentos), administração prudente dos riscos fiscais e, principalmente, amplo acesso da sociedade a informações relativas às contas públicas.

Contudo, a realidade cruel que vivemos em decorrência da pandemia do Coronavírus nos revelou um gargalo gigantesco através do qual pode ser drenado ilicitamente o dinheiro público e longe das vistas e controle da LRF. A pretexto de enfrentamento da pandemia, alterações momentâneas e emergências foram propostas no que tange ao controle orçamentário promovido pela RLF. Essa alteração ocorreu por meio da LC 173/2020, a qual regula o Programa Federativo de Enfrentamento a COVID-19. Dentre essas alterações verificamos a exclusão de dispositivos, evidentemente de difícil implementação no estado de calamidade que vivemos, que dizem respeito aos requisitos para geração de despesas e renúncia de receita, recebimento de transferências voluntárias e contratação de operações de crédito, repetindo e ampliando o que já era previsto a EC 106/2020, o “Orçamento de Guerra”⁶⁸.

A realidade é que, apesar de necessária, essa flexibilização precisa ser vista com cautela de modo que deve continuar havendo algum dispositivo de fiscalização, nem que seja para

⁶⁶ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 21º Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 245.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁶⁸ BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; PAMPLONA, Rodolfo (Org.). *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: Editora Iasp, 2020, p. 570.

avaliar se a brecha que ela oferece está de fato sendo utilizada em nome do fim almejado, a saber, atos estatais (Estados e Municípios) direcionados ao enfrentamento da pandemia. Além do mais, apesar da urgência e emergência, não se pode jamais abrir mão da transparência. Embora a EC 106/2020 já exija que as despesas com a pandemia sejam objeto de programação orçamentária específica, é preciso que haja muito cuidado a fim de estabelecer limites precisos à excepcionalidade instituída evitando, com isso, um retorno aos tempos em que não se via moralização e profissionalização nas despesas públicas⁶⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de muito já ter sido feito com o intuito de moralizar o gerenciamento da coisa pública, não existe instrumento capaz de moralizar de maneira definitiva o próprio ser humano. A maldade, a ganância, a falta de escrúpulos é algo que o tempo inteiro se acende entre aqueles que ocupam os mais altos postos de poder. Justamente por conta disso, sempre que surge uma oportunidade e uma brecha se desenha, o homem volta a se entregar aos mais variados tipos de degradação moral. Imaginemos, então, o que não fazem, quando se deparam com a oportunidade de manipular o orçamento público com pouca ou nenhuma fiscalização e transparência?

Acreditamos que embora de fato seja necessário flexibilizar o rigor de fiscalização da LRF, isso não deve significar a instauração de uma liberdade exagerada, uma autonomia não vigiada, um direito superior até mesmo aos preceitos constitucionais que autoriza os gestores públicos a administrarem seus cuidados com a COVID-19 do jeito que quiserem. A LRF no seu berço já surgiu com um certo grau de fragilidade. Os mecanismos recentes que arrefecem o seu poder fiscalizador a tornaram ainda mais deficitária. Qual será o rombo no orçamento não justificado pelas conquistas realizadas que constataremos nos próximos anos?

Assim, faz-se necessário uma revisão desses mecanismos mitigatórios do rigor legal que investe a LRF de valor, com o intuito de permitir que não só a pandemia seja enfrentada de maneira adequada, mas que também permita que, ao final de toda essa provação, não nos sintamos roubados e violados em nossos direitos como costumávamos nos sentir em tempos não muito distantes e que, vez ou outra, nos fazem uma visita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; PAMPLONA, Rodolfo (Org.). Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶⁹ Ibid. 571.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 21º Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 9º Ed. Salvador: JusPODIUM, 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Curso de História do Direito. 2º Ed – São Paulo: MÉTODO, 2009.

PROJETO DE POLÍTICA PÚBLICA DIRECIONADA A EDUCAÇÃO E EMPREGO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE EXTREMA POBREZA

Luana Andrea dos Santos Correia

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, apresenta como objetivos principais da República Federativa do Brasil:

Art. 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.

Os objetivos definidos através da Constituição Federal não podem ser interpretados de forma isolada, erradicar a pobreza é promover o bem de todos. A pobreza é mantida justamente devido a desigualdades sociais e preconceitos cometidos contra essa camada da população. A miséria e os índices de marginalização estão intimamente ligados, muitos ingressam as práticas criminosas por falta de apoio do Estado para suprir as suas necessidades básicas.

É impossível cumprir um dos objetivos sem caminhar para o combate dos outros, para construir uma sociedade livre, justa e solidária cabe ao Governo, criar políticas públicas que garantam o desenvolvimento nacional, sendo assim, é imprescindível erradicar a pobreza e a marginalização. Conscientizar e orientar a sociedade são fatores essenciais para garantir os preceitos constitucionais e a igualdade material, a partir de projetos que reduzam as desigualdades e os preconceitos provenientes de origem, raça, cor, sexo, classe social, dentre outras discriminações que ocorrem.

A extrema pobreza no Brasil é um problema antigo, as desigualdades marcam desde a antiguidade. O Estado, no dever de oferecer políticas públicas para reduzir os índices de pobreza acaba falhando, principalmente com os que vivem em situação de extrema pobreza. O projeto proposto cuida do sentido de criar capacidades de mudança de vida e igualdade material para essa parcela da população, muitas vezes esquecida para a elaboração de projetos que de fato resolvam a situação.

Dessa forma, o presente artigo busca propor um projeto de inclusão das pessoas em situação de miséria no mercado de trabalho e justifica a iniciativa com base em conceitos e decisões importantes dentro do nosso ordenamento jurídico, além dos preceitos contidos na Constituição Federal de 1988.

2. POBREZA NO SENTIDO DE CAPACIDADES

Segundo Debone (2016) Os que vivem em pobreza extrema, ou seja, numa situação de miséria, não dispõem de necessidades básicas e condições mínimas para sobrevivência. A fome crônica, a falta de acesso à saúde e saneamento básico, dentre outros fatores como impossibilidade de manter a educação dos filhos, abrigo e vestuário predominam na vida dessas pessoas.

Para Amartya Sen (1999), a renda inferior ao estabelecido pelos órgãos não são suficientes para caracterizar a situação de extrema pobreza, é mais oportuno considerar a situação de miséria como uma privação de capacidades básicas de um indivíduo.

Dessa forma, fica evidente que a pobreza extrema não possui caráter meramente ligado à renda mais inferior quando comparada aos outros grupos da sociedade. Devemos acrescentar outros fatores como a falta de alimentos que traz grandes riscos de doenças, impossibilidade de acessar uma moradia digna e o sentimento de exclusão social.

A discriminação ao frequentar órgãos públicos e privados, como tratamento humilhante em postos de saúde e preconceito ao tentar acessar shoppings, teatros e locais onde predominam a presença de pessoas com maior poder aquisitivo, alto índice de ingresso ao uso de drogas e abuso do álcool. Sensação de não ter suas necessidades ouvidas pelo poder público e vulnerabilidade para situações de exploração, onde muitas vezes aceitam propostas de trabalho submetendo-se a serviços degradantes ou extremamente abaixo do valor de mercado por necessidade de sobrevivência.

Outro fator importante é o ingresso de pessoas em situação de miséria no tráfico de drogas. Há um sentimento de abandono do estado, posteriormente consolado pelas facções criminosas e seus discursos de apoio e reconhecimento das desigualdades sofridas pela população. O discurso das facções criminosas acaba ganhando o apoio por demonstrarem solidariedade as suas feridas. Considerando a desigualdade social e o racismo contra a camada menos afortunada da população, intensificar as políticas públicas para combater esses motivos também se traduz em uma forma de colaborar para erradicação da pobreza extrema. Segundo Ana Paula Barcellos:

As pessoas devem ter condições dignas de existência, aí se incluindo a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade, aspecto que mais diretamente interessa a este estudo; não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina. Ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político. (BARCELLOS, 2002, p.26-27)

Para Cesaltina Abreu (2012) de modo geral, a população extremamente pobre se caracteriza por pessoas desempregadas, predominantemente crianças e mulheres pertencentes

a minorias étnicas. Constituem famílias grandes, consomem muito do valor de ganham ou não dispõem de rendimento algum.

Moradores predominantemente de zonas mais remotas e condições precárias de moradia, ademais os índices elevados de desnutrição e mortalidade são expressivos. Infelizmente em maioria pessoas analfabetas e semianalfabetas, são excluídos do exercício da cidadania e posteriormente tem os seus sonhos de mudança de vida desencorajados. A autora completa que para erradicação da pobreza precisamos ouvir o grupo.

Tal objetivo somente será eficaz se a população pobre estiver à frente desse processo. São necessárias ações afirmativas com foco em fornecer capacidades para que os indivíduos em situação de extrema pobreza se desenvolvam alcançando assim a mudança de classe social e o acesso aos seus direitos fundamentais.

As políticas públicas desenvolvidas no Brasil, para combater a extrema pobreza precisam da noção do mínimo existencial. Buscando não apenas alimentar as famílias garantindo sua vida, existência física. O mínimo existencial possui o objetivo de garantir uma vida digna, que os cidadãos tenham acesso à educação de qualidade, emprego, moradia dentre outros direitos fundamentais. Desse modo, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece como dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, P.60)

3. UMA REPARAÇÃO NECESSÁRIA

O presente artigo buscar propor uma política pública baseada em um projeto onde o governo através de ações afirmativas deve ofertar vagas em instituições de ensino, especialmente para qualificar as pessoas em situação de extrema pobreza para o mercado de trabalho e através de parcerias com empresas, oferecer uma parcela dentro do total de vagas de emprego para destinar as pessoas em situação de pobreza incluídas nesse programa de ensino. A proposta se baseia no conceito de que o estado deve ofertar igualdade material e condições mínimas para que o indivíduo disponha de oportunidades para tomar o rumo de sua própria vida, deixando de lado projetos que ofertam um valor mínimo que apenas supre urgências alimentícias, quando supre, para caminhar rumo à erradicação da pobreza. Além de propor uma reparação histórica e a promoção do art. 3º, da Constituição Federal a essa população que acaba sendo esquecida. Como afirma Amartya Sen:

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como

ativamente envolvidas –dada a oportunidade –na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda. (SEN, 2000, p. 71).

As Políticas Públicas configuram uma alternativa necessária contra a negação dos direitos fundamentais a essa parcela da população, equiparando o acesso destes ao emprego e educação eficaz, bases fundamentais para o alcance de outros direitos fundamentais expressos no artigo 7º da Constituição Federal vigente:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Ofertar uma parcela de vagas de emprego se configura um elemento essencial para erradicação da pobreza extrema, programas ofertados pelo governo como o bolsa família, atendem urgências alimentícias e mantem a pobreza controlada, de forma que ações para erradicar essa situação devem ser executadas de modo mais eficaz, como afirma Amartya Sen:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: a pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados opressivos.(SEN,2000, p.18)

Segundo uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística utilizando dados da Pesquisa Nacional por amostra de domicílios continua de 2012 a 2019 entre outras fontes, a taxa de extrema pobreza entre 2018 e 2019 se manteve em 6,5% da população, sendo mais da metade nordestinos e cerca de 39,8% mulheres pretas ou pardas. Muitas pessoas não estavam estudando ou dispo de ocupação. Dados como esse enfatizam a necessidade de ações afirmativas para promover oportunidades a esta parcela:

Ação Afirmativa consiste numa série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade. Inspira-se no princípio de que a negação social de oportunidades a esses grupos é um mal que deve ser combatido, enfaticamente, com políticas específicas. (SELL, 2002, p. 15).

Desse modo, o Estado para erradicar a pobreza juntamente com os preconceitos e desigualdades que impedem os cidadãos extremamente pobres de ingressar em Instituições de Ensino, ofertará tais cursos com a parceria das instituições bem como no Pronatec – Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego, criado pelo Governo Federal, em 2011, por meio da Lei nº 12.513 objetivando ampliar a oferta de cursos de Educação Profissional e

Tecnológica (EPT) por programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira, dispondo de um auxílio financeiro para transporte e possível alimentação e fardamento dos estudantes diante da falta de recursos das famílias para manter os estudos.

Ação afirmativa é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminação[ções] negativas, sejam elas presentes ou passadas (MENEZES, 2001, p. 27)

Porém, é preciso uma ação com foco na população extremamente pobre, dispondo também de incentivo voltado à promoção da conclusão do ensino fundamental e médio que muitos não dispõem e não sentem se motivados, pensando que embora acesse os estudos futuramente não irão alcançar emprego e condições dignas de sobrevivência. É mais que claro as diversas negações de direitos e racismo que sofre essa população, bem como as consequências desanimadoras dessa desigualdade social.

Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário. (MELLO, 2006, p.87)

As políticas públicas podem ser promovidas por meio de ações afirmativas e tais ações podem ser concretizadas por sistemas de cotas. A segunda fase desse projeto se concentra na reserva de cotas destinadas a participação de pessoas oriundas de situação de extrema pobreza nas empresas públicas e privadas, se a desigualdade e os preconceitos os impedem de acessar direitos fundamentais como saúde e educação fica claro que há uma desigualdade na inserção dessas pessoas também no mercado de trabalho.

As cotas não podem ser confundidas com ações afirmativas porque aquelas são instrumentos destas. As ações afirmativas se materializam não apenas por meio de cotas, mas também por meio de incentivos fiscais, da concessão de bônus; do estabelecimento de metas que devem ser alcançadas no futuro etc. (AGRA, 2007, p.139).

Os exemplos mais conhecidos de cotas são destinados à participação da população negra, indígena, quilombola, pessoas com necessidades especiais, pessoas de baixa renda, dentre outros fatores, em Universidades Federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio (Lei nº 12.711 de 29 de Agosto de 2012) e as cotas em concursos públicos (Lei nº 12.990, de 9 de Junho de 2014). É estabelecida também a obrigatoriedade de contratação de pessoas com necessidades especiais em empresas a partir de cem funcionários (Lei nº 8213, de 24 de Julho de 1991, artigo 93º).

As Cotas Universitárias já fazem parte da realidade brasileira e também se identificam como alternativa de socialização. Como medida de “ação afirmativa” com finalidade reparatória, configura-se em uma alternativa possível para promover a inserção do jovem em situação de desvantagem social e étnica nos espaços acadêmicos, enriquecendo tais espaços com a diversidade e possibilidade criativa derivadas desse processo, o que pode desdobrar-se em mudanças nas agendas de pesquisa, na definição de prioridades e na produção do conhecimento acadêmico. (GUARNIERI; MELLO-SILVA, 2017, p.190-191).

Segundo o IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, a taxa de ocupação, um dos principais indicadores do mercado de trabalho em 2019 apresentou 9,3% para brancos, e 13,6% para pretos ou pardos. O percentual de pessoas em ocupações informais foi de 47,4% para pretos e 34,5% para brancos. Os brancos ganhavam em média 73,4% a mais do que pretos ou pardos.

A pesquisa revela também que as pessoas a baixo das linhas de pobreza, 70% eram de cor preta ou parda e a pobreza afetou mais mulheres pretas e pardas sendo 39% dos extremamente pobres e 38,1% dos pobres. Dos 45,2 milhões de pessoas vivendo em residências inadequadas, cerca de 13,5 milhões eram de cor ou raça branca e 31,3 milhões pretos ou pardos.

As oportunidades para a população preta são diminuídas em relação à branca, e se tratando da situação de extrema pobreza tal desigualdade se mostra ainda mais elevada, os pretos ou pardos são maioria no índice de desocupação e no índice de ingresso no trabalho informal, visto que tais desigualdades impedem a aceitação no mercado de trabalho. O mais alarmante é exposto com cerca de 70% de pessoas pretas ou pardas abaixo das linhas de pobreza. As desigualdades e o racismo perverso são reconhecidos para fins de reserva de cotas no âmbito estudantil e concursos públicos, mas se tratando da população extremamente pobre e o objetivo constitucional de erradicação da pobreza, redução das desigualdades, se faz necessário uma política específica dada a gravidade e a urgência do assunto. Se as barreiras são grandes para os fatores expostos acima, quando se trata das pessoas em extrema pobreza esta se torna urgentemente maior.

Os direitos estabelecidos por meio de cotas estão mais que necessário no âmbito do mercado de trabalho, os extremamente pobres devem ter a promoção de uma oportunidade para ingressar no mercado e dispor assim, de capacidades para tomar o rumo da sua vida. O caminho para a erradicação da pobreza se encontra na saída de projetos que mantém a pobreza controlada para ações afirmativas que garantam o ingresso destes no mercado de trabalho quando as desigualdades sociais e os preconceitos os excluem.

4. IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

Marcos na história, ocorridos ao longo dos séculos, como a escravidão (um dos mais conhecidos), onde a Colonização Portuguesa que permeou o Brasil utilizou mão de obra

escravizada, enraizou a ideia de que os negros são inferiores não devendo ascender socialmente e ocupar espaços, cargos, instituições e etc. onde sempre predominou as pessoas brancas. A escravidão deixou o racismo e a cultura de que o negro, o pobre, as classes inferiores econômica e socialmente merecem a situação de miséria, como uma falta de mérito.

Atualmente, a Carta Mãe estabelece diversos princípios no intuito de reparar e diminuir essas desigualdades, a igualdade formal, estabelece o que está garantido no ordenamento, a Constituição Federal apresenta no caput do 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.

A igualdade formal busca que o Estado aplique as leis sem prejudicar ou beneficiar pessoas, evitando as discriminações. Tem seu aspecto perante a lei, onde o juiz ou administrador público deve aplicar a lei em vigor, de forma impessoal e uniforme. E seu aspecto na lei, onde o legislador não deve executar discriminações e tratamentos diferenciados, baseados em fundamentos vedados pela Constituição. Mesmo diante de todos os aspectos da igualdade formal. Fez-se necessário o uso medidas mais abrangentes, surgindo assim à igualdade material. Norberto Bobbio enfatiza:

Os homens devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem a essência do homem, ou a natureza humana enquanto distinta da natureza dos outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir, a dignidade social (como reza o art. 32 da Constituição italiana), ou, mais sucintamente, a dignidade (como reza o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem) etc. (BOBBIO, 1997, p.23)

A igualdade formal objetiva reduzir as desigualdades, permitindo tratamentos diferenciados para equiparar as condições de vida daqueles que se encontram em situação inferior quando comparada a da média da sociedade. Surgem com esse objetivo social, as ações afirmativas introduzindo projetos como as cotas raciais em estabelecimentos de ensino e concursos públicos, taxas de energia elétrica reduzida para pessoas de situação vulnerável, e etc. Osvaldo Canela Júnior enfatiza:

[...] no Estado social, conquanto o direito à liberdade tenha permanecido íntegro, a relevância do direito à igualdade foi substancialmente acentuada, de tal sorte que o seu conceito passou a ter um sentido material, e não mais meramente formal. A garantia de igualdade no Estado social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas, mediante a distribuição equitativa de recursos.(CANELA JÚNIOR,,2011 ,p.51)

As ações afirmativas possuem um caráter importantíssimo para efetivação da igualdade material e podemos defini-la como explica Joaquim B. Barbosa Gomes:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [...] Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito” (GOMES, 2001, p. 40-41).

Nesse sentido é extremamente pertinente incluir as pessoas em situação de extrema pobreza ao alcance de cargos em empresas por meio das cotas, tendo em vista a grande discriminação, preconceito e condições sociais, as chances de que estas pessoas alcancem um trabalho formal são ínfimas. A qualificação destinada às pessoas nessa situação acaba por necessário visto os baixos índices de estudo, afinal é difícil mantê-los quando se está em situação desumana e risco a sobrevivência. É preciso proporcionar por meio da igualdade material, a equiparação das capacidades de alcance ao emprego formal com salário adequado a suprir as condições conforme expressa o art.7 da Constituição.

5. A INTERPRETAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Durante a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, sobre o recurso extraordinário 597.285 do Rio Grande do Sul, onde o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário sobre a constitucionalidade das cotas raciais no ensino superior. O recorrente alegou que as cotas revelam um pacto de mediocridade da população preta e a universidade pública apesar de paga por todos, se encontra loteada por negros e índios. O recurso foi negado por maioria, negando o provimento do recurso. Em seu voto o Ministro Ayres Britto argumenta:

a mesma Constituição, já no artigo 23, erige como política pública o combate aos fatores de desigualdades. No artigo 23, diz a nossa Lei Maior didaticamente: "X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos". E social aqui é mais do que social, é comunitário, porque, desde o preâmbulo, que a Constituição faz a diferença entre o social e o racial. Desde o preâmbulo a Constituição fala de bem-estar, por exemplo. É no plano social: bem-estar físico. O bem-estar vai ser objeto do artigo 6º: educação, saúde, transporte, moradia, lazer (p.67).

O Supremo Tribunal Federal reconhece e defende as políticas públicas, que o governo execute ações sejam de forma direta ou delegada, com o objetivo de trazer influências para a vida dos cidadãos, assegurando os seus direitos. Assegurando os direitos daqueles que estão em situação de desigualdade. O Ministro cita o combate às causas da pobreza, para a população extremamente pobre uma das causas da permanência a essa situação é a falta de capacidades e espaço no mercado de trabalho.

O art.6 da Constituição Federal inclui o direito social a educação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança e outros direitos. Tais direitos são praticamente inacessíveis se tratando da população em estado de miséria. Dessa forma, fica evidente que a política pública destinada a educação qualificadora e a reserva de vagas em empresas para pessoas em situação de extrema pobreza é uma forma de combater as causas da pobreza como a falta de capacidades e as desigualdades, seja no âmbito educacional, ou na obtenção de recursos financeiros para alcançar os outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O Projeto de Qualificação Educacional e o Estabelecimento de Cotas para a População Extremamente Pobre é uma forma de integração social das pessoas muitas vezes esquecidas não chegando a participar da reserva de cotas em universidades e concursos públicos visto que abandonam os estudos antes mesmo da conclusão do ensino médio ou quando chega à faculdade, o núcleo familiar muitas vezes não consegue manter os custos de vida e estudo. O ministro completa:

O fato de não sofrer discriminação já é uma vantagem comparativa, do ponto de vista factual, que não há nem como quantificar ou precificar. E aquele que nunca foi desigualado por baixo, ele nem se considera igual, ele se considera superior. A palavra igualdade só tem sentido para quem sofre discriminação, para quem é desfavorecido por baixo, porque quem é favorecido historicamente, culturalmente, não se considera igual não, considera-se superior. (p.73)

A desigualdade no mercado de trabalho para as pessoas em situação de extrema pobreza é um fato histórico grave, levando em consideração que essa população é predominantemente composta de pessoas negras e culturalmente excluídas, principalmente diante da perpetuação da desigualdade social e o racismo, nível de estudo incompleto dentre outras dificuldades. A importância do tema se torna ainda mais urgente e pertinente, é necessário fornecer capacidades para que os indivíduos tomem os rumos da sua história bem como os cidadãos pertencentes a classes sociais econômica e socialmente favorecidas. E partindo do princípio que a erradicação da pobreza é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, ações afirmativas a essa promoção são necessárias como o próprio STF defende.

Diante de outra decisão do STF para declarar constitucional a lei 12.990/2014 reserva de vagas para negros em concursos públicos na ADC41/DF. A ministra Cármen Lúcia enfatiza:

A pobreza – mais que isso, e bem pior, a miséria, que predomina em bolsões enormes – reduz à total impraticabilidade um dos princípios da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Até porque a pobreza extrema, qualificada pela miséria, destitui da pessoa a sua própria humanidade. Daí a determinação de se projetarem políticas públicas e comportamentos administrativos públicos e privados (porque a ordem do dispositivo não é para a exclusiva ou única ação das entidades públicas) no sentido válido somente quando permitirem ou se voltarem à erradicação da pobreza e da marginalização. Mais ainda, no mesmo inciso III do art. 3º, determina-se que se tenha em vista o objetivo fundamental a ser perseguido, o de reduzir as desigualdades

sociais e regionais, de maneira tal que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira. O inciso IV do mesmo art. 3º é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Verifica-se, então, que não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no país. Aqui se determina agora uma ação afirmativa: aquela pela qual se promova o bem de todos, sem preconceitos (de quaisquer... formas de discriminação. (p.172).

De forma taxativa, fica claro o entendimento de que a miséria se configura um total desrespeito a dignidade humana, um princípio constitucional, e que políticas públicas devem ser desenvolvidas nesse sentido. Os preceitos tratados como objetivos constitucionais como a erradicação da pobreza marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais devem ser defendidos e incentivados pelo poder público exigindo mudanças nessa estrutura que cada vez caminha longe do bem comum. Determinando a presença de ações afirmativas também no âmbito da situação de miséria, onde uma grande forma de se garantir a capacidades e dignidade é o estabelecimento de cotas no mercado de trabalho. Seria um pensamento ingênuo considerar que tais desigualdades e preconceitos não impedem o alcance dessas pessoas ao mercado de trabalho. Nesse sentido, destaca-se a fala do Ministro Ricardo Lewandowski sobre a reserva de vagas para negros em concursos públicos:

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente. (...) Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social. Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social. Ainda sob essa ótica, há que se registrar uma drástica transformação na própria compreensão do conceito de justiça social, nos últimos tempos. Com efeito, para além das políticas meramente redistributivas surgem, agora, as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais. (...) p.178

Cabe aqui a reflexão sobre quais os motivos que impedem promoção de ações afirmativas com o objetivo de fornecer qualificação e cotas de emprego aos extremamente pobres. A falta de representação ainda que mínima, no sentido de líderes pertencente aos grupos, reconhecendo e lutando por seus direitos, não permitindo mais projetos que mantenham a extrema pobreza em estágio controlado. Mas que lancem a oportunidade efetiva de desenvolvimento de capacidades aumentando assim, a alta estima dos integrantes que se veem sem saída não possuindo o básico para sobreviver. O ministro completa:

A reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos federais aos candidatos negros afigura-se, pois, proporcional e razoável, se levado em conta à reduzida

participação dessas pessoas no serviço público federal, em especial em carreiras que oferecem remuneração mais elevada. p.184

Considerando as extremas e urgentes dificuldades do acesso a participação de pessoas extremamente pobres no mercado de trabalho formal, se faz mais que necessário o estabelecimento de cotas para essa parcela no mercado de trabalho formal, evitando assim a participação da maioria das pessoas em miséria trabalhando de forma clandestina, informal e desumana.

137

Outra decisão, referente a A G. Reg. No Recurso Extraordinário 518.352 Amazonas, cite-se a RTJ 175/1212-1213, Relator Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal: “Desrespeito a Constituição - Modalidades de Comportamentos Infraconstitucionais do Poder Público:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público... - A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. ” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Enfatiza-se aqui, mais uma vez, a necessidades de ações afirmativas eficazes para de fato erradicar a pobreza e o total desrespeito a dignidade da pessoa humana. É a responsabilidade do poder público e de toda a sociedade buscar soluções quanto a esta questão. Em seu voto sobre a decisão, o Ministro Celso de Mello completa:

Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. (p.20).

A impossibilidade de suprir as necessidades básicas se fundam em uma falta de acesso a saúde e tais prestações positivas devem ocorrer também em respeito aos artigos constitucionais que defendem os direitos fundamentais. As decisões do STF, mais alta instancia do poder judiciário brasileiro, órgão encarregado de defender a constituição, como estabelece o Art.102 da Constituição da República, expressam a importância e validade de ações afirmativas no intuito de defender os princípios constitucionais, bem como a população extremamente pobre, foco do presente artigo.

6. MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

O mínimo Existencial é interpretado atualmente como um conjunto básico de direitos fundamentais referentes à dignidade da pessoa humana. Possui um caráter programático, buscando que o estado promova a sua efetivação. A garantia dos direitos fundamentais para as pessoas em situação de extrema pobreza pode se dar por via do mínimo existencial. Ou seja, com base neste fundamento, o poder público deve garantir condições mínimas para existência digna, utilizando de políticas públicas amplas, que realmente abarquem o grupo mais pobre da sociedade. E dessa forma, contribuir dando assistência para a Ascensão financeira e a retirada dessas famílias da extrema pobreza.

Durante a votação sobre o Habeas Corpus 172.136, São Paulo fica exemplificado um aspecto importante envolvido na defesa da erradicação da extrema pobreza:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar à pessoa acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e, quanto aos que compõem o universo penitenciário, o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado. Em suma: a cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador. p.32-33

É inegável que para garantir o mínimo existencial a população, se faz necessário custos por parte do Estado. Muitas vezes os governantes alegam a falta de políticas públicas justificadas pela falta de dinheiro nos cofres públicos. Esquivando-se da responsabilidade e deixando a população extremamente pobre beirando a morte. Diante da grande importância, os recursos orçamentários necessários para promoção dos direitos fundamentais devem ser priorizados em relação aos outros custos. E justamente esse caráter estabelece uma relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

A negação de direitos fundamentais e o mínimo existencial para viver dignamente configura um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais não estão todos definidamente expressos na constituição, mas com base no Art. 7º §4 da Constituição Federal de 1988, podemos ter uma melhor exemplificação, pois o artigo constitucional fala de necessidades vitais básicas e pode ser interpretado, junto aos outros

artigos constitucionais, princípios e decisões utilizados pela jurisprudência e necessidades apresentadas pelas minorias, para identificar as necessidades que pautam a garantia do mínimo existencial. De modo que, O STF enfatiza que a reserva do possível não pode ser utilizada para negar tais direitos à população extremamente pobre que vivem diariamente sem condições mínimas e básicas para sobrevivência. Caracterizando uma falta total de dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Mãe versa que todos são iguais em face da lei, não havendo distinções de qualquer natureza. No entanto, percebemos que alguns grupos ocupam um lugar de inferioridade na sociedade, convivendo em condições desumanas, lutando para sobreviver e ter acesso aos direitos fundamentais previstos no ordenamento.

A essas minorias, os preconceitos e as desigualdades sociais dificultam, quando não excluem as possibilidades de desenvolver capacidades de ascensão social, ou seja, ter uma alimentação adequada, segurança, acesso digno a saúde e educação, além das oportunidades de emprego.

Diante de toda essa problemática, tendo em vista alcançar igualdade material, as políticas públicas concretizadas por meio de ações afirmativas para ofertar ensino qualificado à população em situação de miséria e as cotas de emprego em empresas públicas e privadas são mais que necessário, é fornecer condições para que estes tomem o rumo de suas próprias vidas, além de reconhecimento de tais dificuldades.

O projeto se baseia na perspectiva adotada para a efetivação de cotas para negros, índios e quilombolas em Universidades e Concursos. Sendo evidentes e reconhecidas as dificuldades de acessar esses âmbitos, seria desumano negar as dificuldades da população em miséria para acessar os estudos e o mercado de trabalho. Além disso, como exposto em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, o Estado deve buscar ações para o cumprimento dos preceitos expostos na constituição.

A erradicação da pobreza e da marginalização, a garantia à dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais, são fatores que devem ser promovidos de modo a garantir o mínimo existencial, conjunto de fatores que pautam a dignidade humana. É comum que os governantes aleguem a falta de recursos públicos para garantir a aplicação de certos direitos, mas como afirma as decisões do STF, a reserva do possível não pode ser utilizada como objeto de negação de direitos fundamentais.

Talvez uma das justificativas para que essa parcela da população não tenha seus direitos garantidos e ações afirmativas para esse fim, seja a falta de representantes de seus direitos, a camada da sociedade com maior classe social e estrutura acaba por negligenciar a existência de

outros ao redor em situação desumana. E os cidadãos pertencentes à situação de miséria, muitas vezes não possuem conhecimentos, apoio e recursos suficientes para recorrer aos seus direitos.

A afirmação de que a população extremamente pobre convive com a negação da dignidade humana e a utilização de cotas no mercado de trabalho se traduz em uma proposta importante para assim caminhar rumo à erradicação da pobreza e o reconhecimento de que é preciso mais do que programas que ofertam um valor mínimo, apenas com o intuito de tentar fazer com que os pobres não morram de fome, permanecendo assim, como expressa a pesquisa do IBGE, os índices de pobreza em uma situação controlada.

De fato, o Poder Público não tem levado como prioridade a erradicação da pobreza, objetivo expresso na Constituição Federal, existe uma divergência prática entre o que é expresso na Carta Mãe e o que efetivamente é realizado na parcela extremamente pobre da sociedade que deve ser corrigida. As ações afirmativas para ofertar educação especializada e cotas de emprego em instituições públicas e privadas se traduz no reconhecimento das mais perversas discriminações a essas pessoas e a oportunidade de o Estado executar o seu dever, afinal pessoas correm risco de morte todos os dias por faltar os mínimos direitos básicos. A extrema pobreza não pode permanecer em estado controlado.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm> Acesso em: 9 de Outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de Agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm> Acesso em: 9 de Outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de Junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas,

das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.
Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm >
Acesso em: 9 de Outubro de 2020.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011.

Cesaltina Abreu, Desigualdade social e pobreza: ontem, hoje e (que) amanhã , Revista Angolana de Sociologia [Online], 9 | 2012. Publicado em: 11 de Dezembro de 2013.
Disponível em: <<http://journals.openedition.org/ras/440>; DOI: <https://doi.org/10.4000/ras.440>> Acesso em: 14 de Novembro de 2020.

141

DEBONE, Rebecca Rafart de Seras Hoffmann. Pobreza Extrema: violação dos direitos humanos?. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUARNIERI, Fernanda Vieira; MELO-SILVA, Lucy Leal. Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica. *Psicol. Esc. Educ.*, Maringá, V.21, Agosto de 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-855720170002_00183&lng=en&nrm=iso; DOI: https://doi.org/10.1590/2175-353920170212110_0>. Acesso em: 03 de Novembro 2020.

IBGE – Síntese de Indicadores Sociais: em 2019, proporção de pobres cai para 24,7% e extrema pobreza se mantém em 6,5% da população. Rio de Janeiro, 2020. Publicado em: 12 de Novembro de 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao>>
Acesso em: 12 de Novembro de 2020.

IBGE – Trabalho, renda e moradia: desigualdades entre brancos e pretos ou pardos persistem no Brasil. Rio de Janeiro, 2020. Publicado em 12 de Novembro de 2020. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29433-trabalho-renda-e-moradia-desigualdades-entre-brancos-e-pretos-ou-pardos-persistem-no-pais>> Acesso em: 12 de Novembro de 2020.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. Revista da Escola Nacional da Magistratura - Ano I, número 01 – Brasília: Escola Nacional da Magistratura, Abril, 2006.

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (Affirmative Action) no direito norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SELL, Sandro Cesar. Ação Afirmativa e Democracia Racial – Uma introdução ao debate no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STF. Ação declaratória de constitucionalidade 41 Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ08/06/2017. Publicado em : 17/08/2017. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>> Acesso em 08 de Novembro de 2020.

STF. Recurso extraordinário 597.285 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 09/05/2012. Publicado em:18/03/2014. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998> > Acesso em 08 de Novembro de 2020.

STF. Ag.Reg. no Recurso Extraordinario 581.352 Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 29/10/2013. Publicado em: 22/11/2013. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=490410>> Acesso em 08 de Novembro de 2020.

STF. Habeas corpus 172.135 São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ:10/10/2020. Publicado em: 01/12/2020. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754527040>> Acesso em 08 de Novembro de 2020.