

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito 2



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

(Organizador)

A Natureza e o Conceito do Direito

2

Atena Editora
2019

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Geraldo Alves
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Faria – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
N285	A natureza e o conceito do direito 2 [recurso eletrônico] / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019. – (A Natureza e o Conceito do Direito; v. 2) Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader. Modo de acesso: World Wide Web. Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-677-5 DOI 10.22533/at.ed.775190810 1. Direito – Filosofia. 2. Direito do trabalho. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. CDD 340
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

A natureza e o conceito do Direito – Vol. II, coletânea de vinte e oito capítulos de pesquisadores de diversas instituições, indica obra que aborda conteúdos voltados para os estudos jurídicos atuais.

Abordando conteúdos atuais sobre a ciência do direito, são trazidas contribuições que geram impactos significativos do cidadão comum. Primeiramente, o direito do idoso é pautado a partir dos indicativos internacionais. A principiologia da eficácia e a relação com os tribunais pátrios é explanada. O estado de coisas inconstitucional também é tema recorrente nas colaborações realizadas. As relações de trabalho, a terceirização, a pejetização são conteúdos que impactam o sujeito, a precarização das relações, a economia, a previdência e o desenvolvimento social.

Além desses eixos norteadores, temos contribuições que pairam sobre direito aduaneiro, compliance, usucapião, posse, prescrição, direito registral, estatuto da metrópole, política urbana, intervenção estatal na economia, parceria público-privada, direito eleitoral, direito a morte digna, direito penal e transgênicos.

Diante da pluralidade de assuntos aqui incluídos, conclamamos o público leitor a interagir com os textos que seguem:

- **O PROCESSO DE DINAMOGENESIS DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**, de Mariana Teixeira Thomé e Ynes da Silva Félix;
- **O PRINCÍPIO DA EFICÁCIA E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS**, de Bruno Thiago Krieger e Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira;
- **JUSTIÇA RESTAURATIVA – O EMPODERAMENTO DA VÍTIMA NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS COMO FORMA EFETIVA DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA**, de Jaime Roberto Amaral dos Santos;
- **O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AS PRESAS GESTANTES**, de Andressa Dias Aro;
- **O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**, de Maria Elizângela da Silva Lima, Reginaldo César Lima Álvares e Isabella Pinto Figueiredo;
- **O CONCEITO JURÍDICO DE DANO RESSARCÍVEL**, de Daniel Deggau Bastos;
- **CONCENTRAÇÃO DE RENDA E DEMOCRACIA**, de Lafaiete Luiz do Nascimento;
- **O CONCEITO ULTRAPASSADO DE MESMA LOCALIDADE QUE A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 TROUXE PARA A EQUIPARAÇÃO SALARIAL**, de Rebecca Falcão Viana Alves;

- **O CONTRATO DO EMPREGADO MARÍTIMO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRABALHISTA NO ESPAÇO**, de Gustavo Barone Martins;
- **NOVA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO: VANTAGENS E DESVANTAGENS**, de Valeska Denise Sousa Garcês, David Sousa Garcês, Diego Matos Araújo Barros, Erika Almeida Chaves, José Airton Almeida Uchôa e Sara Regina Santos Oliveira;
- **PEJOTIZAÇÃO: O TRABALHADOR COMO PESSOA JURÍDICA**, de Valeska Denise Sousa Garcês, David Sousa Garcês, Diego Matos Araújo Barros, Erika Almeida Chaves, José Airton Almeida Uchôa e Sara Regina Santos Oliveira;
- **DIREITO ADUANEIRO: AUTONOMIA, NATUREZA, CONCEITOS E OS NOVOS RUMOS**, de Alexandro Alves Ferreira;
- **O COMPLIANCE COMO MECANISMO DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO NAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO**, de Cláudia Maria Cândida da Costa Lugli;
- **A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA E SUA VIABILIDADE PRÁTICA**, de Ana Lúcia Maso Borba Navolar;
- **A POSSE COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DAS TERRAS DEVOLUTAS MINEIRAS**, de Virginia Junqueira Rugani Brandão
- **PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA DISCIPLINAR**, de Ronaldo David Viana Barbosa e Reinaldo Denis Viana Barbosa;
- **O DIREITO REGISTRAL: ESTRUTURA DO REGISTRO DE IMÓVEL EM PROL DO MEIO AMBIENTE**, de Thiago de Miranda Carneiro;
- **O ESTATUTO DA METRÓPOLE COMO SISTEMA ABSTRATO MODERNO**, de Wagner Barboza Rufino e Tatiana Cotta Gonçalves Pereira;
- **PARTICIPAÇÃO E COOPTAÇÃO NOS CONSELHOS DE POLÍTICA URBANA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ**, de Rodrigo Anido Lira, Ludmila Gonçalves da Matta e Marusa Bocafoli da Silva;
- **O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE SEUS PRECEITOS PARA SE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA**, de Marcela Abreu Dias e Ângela Barbosa Franco;
- **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. INTERESSE DIFUSO. PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS DE FINANCIAMENTO**, de Jean Colbert Dias;
- **O QUE DESEJA “O CÓDIGO”? NOTAS SOBRE A COMPLEXIDADE DE**

REALIZAÇÃO DO IMAGINÁRIO DE SUJEITOS DO CAMPO DO DIREITO NA TRANSIÇÃO DE PARADIGMAS NORMATIVOS IMPLEMENTADOS PELO ESTADO, de Leonardo Barros Souza;

- **A UTILIDADE DE ARGUMENTOS PRAGMÁTICOS NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS JUSTAS – UM VIÉS ELEITORALISTA**, de Leonardo Tricot Saldanha e Sarah Francieli Mello Weimer;
- **MORTE E VIDA SEVERINA, A ONIPRESENÇA DA MORTE FRENTE AO ANSEIO POR UMA VIDA DIGNA**, por Hellen Karoline dos Santos Farias, Caroline Rodrigues Ferreira, Natália Pereira da Silva e Rosália Maria Carvalho Mourão;
- **O DIREITO SISTÊMICO COMO UM GRANDE ALIADO DA DEFENSORIA PÚBLICA**, de Jamile Gonçalves Serra Azul;
- **REINCIDÊNCIA CRIMINAL SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DAS PENAS**, de Lisandra Moreira Martins e Isael José Santana;
- **DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A AMBIÇÃO DA VERDADE**, de Vitoria Andressa Loiola dos Santos e Juliano de Oliveira Leonel
- **RESTRIÇÕES À AUDIÊNCIA PÚBLICA NA LIBERAÇÃO DE TRANSGÊNICOS E DIREITO INTERNACIONAL**, de Fábio Carvalho Verzola.

Tenham ótimas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
O PROCESSO DE DINAMOGENESIS DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS	
<i>Mariana Teixeira Thomé</i> <i>Ynes da Silva Félix</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908101	
CAPÍTULO 2	13
O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS	
<i>Bruno Thiago Krieger</i> <i>Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908102	
CAPÍTULO 3	31
JUSTIÇA RESTAURATIVA – O EMPODERAMENTO DA VÍTIMA NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS COMO FORMA EFETIVA DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA	
<i>Jaime Roberto Amaral dos Santos</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908103	
CAPÍTULO 4	42
O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AS PRESAS GESTANTES	
<i>Andressa Dias Aro</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908104	
CAPÍTULO 5	56
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	
<i>Maria Elizângela Da Silva Lima</i> <i>Reginaldo César Lima Álvares</i> <i>Isabella Pinto Figueiredo</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908105	
CAPÍTULO 6	84
O CONCEITO JURÍDICO DE DANO RESSARCÍVEL	
<i>Daniel Deggau Bastos</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908106	
CAPÍTULO 7	96
CONCENTRAÇÃO DE RENDA E DEMOCRACIA	
<i>Lafaiete Luiz do Nascimento</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908107	
CAPÍTULO 8	105
O CONCEITO ULTRAPASSADO DE MESMA LOCALIDADE QUE A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 TROUXE PARA A EQUIPARAÇÃO SALARIAL	
<i>Rebecca Falcão Viana Alves</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908108	

CAPÍTULO 9	117
O CONTRATO DO EMPREGADO MARÍTIMO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRABALHISTA NO ESPAÇO	
<i>Gustavo Barone Martins</i>	
DOI 10.22533/at.ed.7751908109	
CAPÍTULO 10	129
NOVA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO: VANTAGENS E DESVANTAGENS	
<i>Valeska Denise Sousa Garcês</i>	
<i>David Sousa Garcês</i>	
<i>Diego Matos Araújo Barros</i>	
<i>Erika Almeida Chaves</i>	
<i>José Airton Almeida Uchôa</i>	
<i>Sara Regina Santos Oliveira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081010	
CAPÍTULO 11	143
PEJOTIZAÇÃO: O TRABALHADOR COMO PESSOA JURÍDICA	
<i>Valeska Denise Sousa Garcês</i>	
<i>David Sousa Garcês</i>	
<i>Diego Matos Araújo Barros</i>	
<i>Erika Almeida Chaves</i>	
<i>José Airton Almeida Uchôa</i>	
<i>Sara Regina Santos Oliveira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081011	
CAPÍTULO 12	156
DIREITO ADUANEIRO: AUTONOMIA, NATUREZA, CONCEITO E OS NOVOS RUMOS	
<i>Alexandro Alves Ferreira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081012	
CAPÍTULO 13	169
O COMPLIANCE COMO MECANISMO DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO	
<i>Cláudia Maria Cândida da Costa Lugli</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081013	
CAPÍTULO 14	185
A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA E SUA VIABILIDADE PRÁTICA	
<i>Ana Lúcia Maso Borba Navolar</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081014	
CAPÍTULO 15	197
A POSSE COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DAS TERRAS DEVOLUTAS MINEIRAS	
<i>Virgínia Junqueira Rugani Brandão</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081015	

CAPÍTULO 16	211
PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA DISCIPLINAR	
<i>Ronaldo David Viana Barbosa</i>	
<i>Reinaldo Denis Viana Barbosa</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081016	
CAPÍTULO 17	222
O DIREITO REGISTRAL: ESTRUTURA DO REGISTRO DE IMÓVEL EM PROL DO MEIO AMBIENTE	
<i>Thiago de Miranda Carneiro</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081017	
CAPÍTULO 18	233
O ESTATUTO DA METRÓPOLE COMO SISTEMA ABSTRATO MODERNO	
<i>Wagner Barboza Rufino</i>	
<i>Tatiana Cotta Gonçalves Pereira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081018	
CAPÍTULO 19	246
PARTICIPAÇÃO E COOPTAÇÃO NOS CONSELHOS DE POLÍTICA URBANA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES - RJ	
<i>Rodrigo Anido Lira</i>	
<i>Ludmila Gonçalves da Matta</i>	
<i>Marusa Bocafoli da Silva</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081019	
CAPÍTULO 20	259
O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE SEUS PRECEITOS PARA SE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA	
<i>Marcela Abreu Dias</i>	
<i>Ângela Barbosa Franco</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081020	
CAPÍTULO 21	265
PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. INTERESSE DIFUSO. PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS DE FINANCIAMENTO	
<i>Jean Colbert Dias</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081021	
CAPÍTULO 22	277
O QUE DESEJA “O CÓDIGO”? NOTAS SOBRE A COMPLEXIDADE DE REALIZAÇÃO DO IMAGINÁRIO DE SUJEITOS DO CAMPO DO DIREITO NA TRANSIÇÃO DE PARADIGMAS NORMATIVOS IMPLEMENTADOS PELO ESTADO	
<i>Leonardo Barros Souza</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081022	

CAPÍTULO 23	285
A UTILIDADE DE ARGUMENTOS PRAGMÁTICOS NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS JUSTAS – UM VIÉS ELEITORALISTA	
<i>Leonardo Tricot Saldanha</i>	
<i>Sarah F. Mello Weimer</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081023	
CAPÍTULO 24	298
MORTE E VIDA SEVERINA, A ONIPRESENÇA DA MORTE FRENTE AO ANSEIO POR UMA VIDA DIGNA	
<i>Hellen Karoline dos Santos Farias</i>	
<i>Caroline Rodrigues Ferreira</i>	
<i>Natália Pereira da Silva</i>	
<i>Rosália Maria Carvalho Mourão</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081024	
CAPÍTULO 25	309
O DIREITO SISTÊMICO COMO UM GRANDE ALIADO DA DEFENSORIA PÚBLICA	
<i>Jamile Gonçalves Serra Azul</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081025	
CAPÍTULO 26	321
REINCIDÊNCIA CRIMINAL SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DAS PENAS	
<i>Lisandra Moreira Martins</i>	
<i>Isael José Santana</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081026	
CAPÍTULO 27	334
DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A AMBIÇÃO DA VERDADE	
<i>Vitoria Andressa Loiola dos Santos</i>	
<i>Juliano de Oliveira Leonel</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081027	
CAPÍTULO 28	341
RESTRICÇÕES À AUDIÊNCIA PÚBLICA NA LIBERAÇÃO DE TRANSGÊNICOS E DIREITO INTERNACIONAL	
<i>Fabio Carvalho Verzola</i>	
DOI 10.22533/at.ed.77519081028	
SOBRE O ORGANIZADOR	348
ÍNDICE REMISSIVO	349

O PROCESSO DE DINAMOGENESIS DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Mariana Teixeira Thomé

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Advogada.

Ynes da Silva Félix

Pós-doutora em Direito pela Universidade de Salamanca. Professora titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Diretora da Faculdade de Direito da UFMS.

RESUMO: O trabalho pretende abordar o processo de *dinamogenesis* dos direitos dos idosos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Analisam-se os principais documentos dessa organização que tratam sobre os idosos: *Vienna International Plan of Action on Ageing*, *United Nations Principles for Older Persons* e *Madrid International Plan of Action on Ageing*. A finalidade do trabalho é analisar de que forma os documentos da ONU trataram os direitos dos idosos. Pretende-se demonstrar, também, se há uma base normativa ampla que trate dos direitos dos idosos. A metodologia adotada é descritiva, documental e bibliográfica.

PALVRAS-CHAVE: Bem-estar social, Envelhecimento, *Vienna International Plan of Action on Ageing*, *United Nations Principles*

for Older Persons, *Madrid International Plan of Action on Ageing*.

THE DYNAMOGENESIS PROCESS OF THE RIGHTS OF ELDERLY PERSONS UNDER THE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS

ABSTRACT: This article aims to address the *dynamogenesis* process of the rights of the elderly within the framework of the United Nations (UN). The main documents of this organization dealing with the elderly are analyzed: *Vienna International Plan of Action on Aging*, *United Nations Principles for Older Persons* and *Madrid International Plan of Action on Aging*. The purpose of the paper is to examine how UN documents have addressed the rights of the elderly. It is also intended to demonstrate whether there is a broad normative basis on the rights of the elderly. The methodology adopted is descriptive, documentary and bibliographical.

KEYWORDS: Social well-being, Aging, *Vienna International Plan of Action on Ageing*, *United Nations Principles for Older Persons*, *Madrid International Plan of Action on Ageing*.

1 | INTRODUÇÃO

Diante da crescente longevidade dos idosos e da baixa taxa de natalidade que assola

os países desenvolvidos e em desenvolvimento, faz-se necessário refletir sobre os direitos dos idosos no cenário internacional.

Desde a Segunda Guerra Mundial, organizações internacionais e alguns países têm tratado com maior ênfase o envelhecimento da população. Esse tema resultou na elaboração de alguns documentos internacionais que abordam assuntos e questões relevantes sobre o envelhecimento.

Pretende-se, assim, estudar o processo de *dinamogenesis* pelo qual passaram os direitos dos idosos desde o ano de 1983 até o ano de 2002, datas em que foram elaborados os principais documentos sobre a temática.

Estudar-se-ão os documentos que tratam especificamente sobre os direitos das pessoas da terceira idade, permitindo o seu desenvolvimento social.

O fim da pesquisa é analisar de que forma os documentos da ONU trataram os direitos dos idosos bem como demonstrar se há uma base normativa ampla que trate dos direitos dos idosos. A metodologia adotada é descritiva, quanto ao fim e documental e bibliográfica, quanto ao meio.

Estudam-se os seguintes documentos da ONU: *Vienna International Plan of Action on Ageing* de 1983, o *United Nations Principles for Older Persons* de 1991 e o *Madrid International Plan of Action on Ageing* de 2002.

2 | A DINAMOGENESIS DO DIREITO DOS IDOSOS NA ONU

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional preocupou-se em tutelar as gerações futuras dos danos da guerra. A partir de então, houve uma consciência coletiva a fim de preservar a humanidade. Conforme Lindgren Alves (p. 349, 1994) o direito de todo ser humano à hospitalidade universal só seria viabilizado se o “direito a ter direitos”, de Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional.

Assim, em 26 de junho de 1945, é criada a Organização das Nações Unidas com o interesse dos Estados em reorganizar o mundo em bases a fim de evitar novos conflitos (PORTELA, 2014, p. 266).

Em 1948, elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos que consolidou “[...] a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre os valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados” (PIOVENSAN, 2013, p. 209). Conforme Caletti e Staffen (2017, p. 105) foi por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que a ONU se lançou definitivamente à esfera de proteção desses direitos, valendo-se, para tanto, do critério universalista.

A proteção dos direitos do homem ocorre por meio de fatores sociais e econômicos que impulsionam e exigem a proteção de determinada categoria. É nesse contexto que se desenvolve o processo de *dinamogenesis* do direito que, segundo Silveira e Rocasolano (2010, p. 185), “[...] fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos no decorrer da história”. Os autores explicam que:

Para compreender como e por que se concretizam o conteúdo e o significado dos direitos humanos é preciso estabelecer como ponto de partida um conceito de direito. Nós o entendemos como expressão axiológica e cultural do valor da dignidade humana, considerando que os direitos humanos são – a partir das declarações de direitos do século XVIII – reconhecidos como tais em ambos os lados do Atlântico por sociedades americanas e europeias que exigem sua positivação por meio de normas e instituições jurídicas próprias (SILVEIRA E ROCASOLANO, 2010, p. 186).

As mudanças sociais e econômicas que ocorrem ao longo da história reconhecem novos valores exigidos pela comunidade social por meio de princípios jurídicos. Assim, o que se denomina de Direito Internacional dos Direitos Humanos deve corresponder à realidade social de cada momento histórico da comunidade com perspectivas universais (SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010, p. 189 e 200).

Dessa forma, considerando-se a crescente longevidade da população, países se reuniram a fim de elaborar documentos sobre os direitos dos idosos no cenário internacional. Foi pensando-se no aumento da taxa de envelhecimento que, em 1982, houve a primeira assembleia da ONU para tratar sobre os direitos dos idosos. Nesse momento elaborou-se o plano de Viena, que dispõe de 62 pontos em que trata sobre questões atreladas a essas pessoas.

Em 1991, apreciando-se a contribuição dos idosos às suas sociedades e com o fim de cumprir o estabelecido no plano de 1983 (cuja assembleia ocorreu em 1982), elaborou-se uma carta de princípios para as pessoas da terceira idade.

Em 2002, a fim de se ter uma maior proteção dos direitos dos idosos, elaborou-se o plano de ação de Madri que previu novas temáticas sobre esses direitos – como a preocupação com a mulher idosa e com as pessoas da terceira idade diagnosticadas com HIV.

Percebe-se assim que entre os vinte anos que marcaram as duas principais assembleias da ONU sobre os idosos, consideraram-se valores e princípios diferentes para a elaboração de cada documento.

3 I VIENNA INTERNATIONAL PLAN OF ACTION ON AGEING

Após trinta e cinco anos da Declaração Universal de Direitos Humanos, estabeleceu-se o *Vienna International Plan of Action on Ageing*. O Plano Internacional de Ação de Viena sobre o Envelhecimento foi elaborado em 1982 na primeira assembleia mundial sobre o envelhecimento. O documento baseou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Convenção 128 da OIT de 19671 e na Recomendação 162 da OIT de 1980 (NASCIMENTO).

O plano “[...] estabeleceu, pela primeira vez, o “direito ao envelhecimento’ como um direito humano” (KANTER, 2009, p. 532). Simbolizou um avanço, pois, até então, o envelhecimento não era foco das assembleias gerais nem de nenhuma agência especializada das Nações Unidas (CAMARANO; PASINATO, 2004, p. 254).

O *Vienna International Plan of Action on Ageing* tem por fim lançar um programa de ação internacional destinado a garantir segurança social e econômica aos idosos, bem como oportunidades a esses de contribuírem para o desenvolvimento nacional (DORON e MEWHINNEY, 2007, p. 39).

Como forma de assegurar o fim acima transcrito, o plano propõe, como objetivo específico, que os países participantes estimulem a oferta de políticas e programas que estabeleçam a segurança social e econômica dos idosos.

As políticas públicas a serem implementadas pelo plano devem ser concebidas e enunciadas considerando-se as idiosincrasias de cada nação ou comunidade étnica. Os programas de ação devem ser adaptados às prioridades e possibilidades materiais de cada país e comunidade (STUCKELBERGER, 2002, p. 9-10).

A seguir, serão tratados os pontos mais relevantes do Plano de Viena sobre os direitos dos idosos.

3.1 Rendimentos de aposentadoria e emprego

Nesse aspecto o plano de Viena dispõe, analisa o fato de as mulheres terem seus vínculos empregatícios frequentemente interrompidos em razão das responsabilidades afetas à maternidade e à família. Assim, a longo prazo, as políticas devem ser orientadas no sentido de proporcionar previdência social específica para as mulheres (item 72). Nesse contexto, destaca-se o disposto no Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde da OMS: a participação restrita da mulher como força de trabalho remunerada proporcionou consequências negativas a ela como o maior risco de pobreza; o menor acesso aos serviços de saúde de alta qualidade e de assistência social; o maior risco de abuso, de problemas de saúde; e o acesso reduzido às pensões (OMS, 2015).

Os governos devem eliminar todo o tipo de discriminação no mercado de trabalho e garantir a igualdade de tratamento na seara profissional. Devem ser adotadas medidas para educar os empregadores e os conselhos profissionais sobre as capacidades dos trabalhadores mais velhos (recomendação 37).

Os trabalhadores mais velhos também devem ser beneficiados com igualdade de acesso aos serviços de orientação, formação e colocação (recomendação 37, b). Medidas devem ser tomadas com o fim de assistir aos idosos a encontrar ou regressar um/ao emprego, criando possibilidades de emprego e facilitando sua capacitação e atualização de conhecimentos (recomendação 37, c).

O direito dos trabalhadores idosos ao emprego deve ser baseado em suas habilidades profissionais, não em sua idade cronológica (recomendação 37, c).

Os governos devem tomar ou fomentar medidas que garantam uma transição suave e gradual da vida de trabalho para a aposentadoria. Também deve-se flexibilizar o direito à aposentadoria. Dentre essas medidas incluem-se: cursos de preparação para a aposentadoria e a diminuição da carga de trabalho nos últimos anos de vida

profissional (recomendação 40).

3.2 Educação

No que tange à educação, o plano prevê medidas inclusivas e solidárias, dentre as quais destacam-se as citadas abaixo.

Os Estados devem desenvolver programas educativos que tenham os idosos como professores e transmissores de conhecimentos, de cultura e de valores espirituais (recomendação 44). Deve-se, também, educar a população em geral sobre o processo de envelhecimento (item 76).

Destaca-se a atenção que deve ser dada pela mídia de massa com o fim de ressaltar os aspectos positivos do processo de envelhecimento e do envelhecimento em si. Para tanto, deve-se, entre outras coisas: desenvolver pesquisas sobre o papel da educação e do envelhecimento nas diversas culturas e sociedades; e estabelecer métodos que desenvolvam oportunidades de emprego e que adaptem as condições de trabalho aos trabalhadores mais velhos (recomendação 46).

4 | UNITED NATIONS PRINCIPLES FOR OLDER PERSONS

O Princípio das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas foi elaborado em uma assembleia geral em 16 de dezembro de 1991 e contém dezoito direitos das pessoas idosas. Esses referem-se às seguintes temáticas: independência, participação, assistência, autorrealização e dignidade.

Segundo Alonso (2005, p. 45) essa carta de princípios concretiza algumas proteções sociais ao idoso como, por exemplo, as garantias de acesso aos serviços de saúde e à assistência jurídica. Esses direitos são fundamentais para consolidar a independência e a inserção social do idoso.

A seguir, dar-se-á ênfase às duas temáticas mais relevantes.

4.1 Independência

Em relação à essa temática, destacam-se três fatores: a) os idosos devem ter acesso a oportunidades de trabalho ou a outras formas de geração de renda (item 2); b) devem participar das determinações acerca do momento em que deverão se afastar do mercado de trabalho (item 3); e c) devem ter acesso à educação permanente e a programas de qualificação e requalificação profissional (item 4).

4.2 Assistência

Dentre os direitos relacionados à assistência do idosos, destacam-se os seguintes.

Os idosos devem ter acesso a serviços sociais e jurídicos que lhes assegurem

melhores níveis de autonomia, proteção e assistência (item 12). Eles também devem desfrutar o direito de tomar decisões quanto à assistência prestada pelas instituições que lhes proporcionem os cuidados necessários bem como quanto à sua qualidade de sua vida (item 13).

5 I MADRID INTERNATIONAL PLAN OF ACTION ON AGEING

Em 2002 houve a segunda assembleia mundial das Nações Unidas sobre o envelhecimento. Realizada em Madrid, o objetivo da reunião era desenvolver uma política internacional para o envelhecimento para o século XXI.

O plano de Madri possui três áreas prioritárias de atuação; retrata a preocupação global com o desafio de se construir uma sociedade para todas as idades; e serve de base para a formação de políticas públicas sobre os idosos.

O documento foi inovador, pois demonstra, pela primeira vez, a concordância dos governos em associar as questões do envelhecimento a aspectos relacionados com o desenvolvimento econômico e social e com os direitos humanos (UN, 2018).

A inovação do plano também ocorre em relação ao tratamento específico que se dá aos maus-tratos, abandono e violência contra os idosos. Nesse contexto, Debert (2010, p. 486) afirma que o plano de Madri de 2002 transformou a violência contra o idoso em uma questão de direitos humanos.

O documento é dividido em três partes que abordam questões específicas sobre os idosos. A seguir estudar-se-á as questões mais relevantes de cada parte documento.

5.1 Os idosos e o desenvolvimento

Essa área prioritária é dividida em oito questões dentre as quais citar-se-ão as mais relevantes que façam um comparativo com os documentos retro mencionados.

5.1.1 Emprego e envelhecimento da força de trabalho

Deve-se permitir que os idosos realizem atividades remuneradas enquanto desejam e enquanto possam fazê-lo de forma produtiva. A grande questão é que o desemprego, o subemprego e a rigidez do mercado laboral impedem que eles continuem/ingressem no mercado de trabalho. É necessário, dessa forma, conscientizar as empresas acerca dos benefícios de se manter pessoas idosas como força de trabalho (item 23).

Nos países em desenvolvimento e nos países com economia em transição, a maioria das pessoas idosas que se encontram no mercado de trabalho possuem empregos na economia informal. Esse âmbito da economia, frequentemente, os priva dos benefícios das condições adequadas de trabalho e da proteção social oferecida

pelos setores formais da economia (item 24).

Ressalta-se que a expectativa de vida em muitos países desenvolvidos e em países com economias em transição supera a idade fixada para a aposentadoria compulsória. Nesses países, um menor número de pessoas está entrando no mercado de trabalho, haja vista a diminuição da taxa de natalidade. Assim, é provável que haja uma escassez de mão de obra como consequência dos seguintes fatores: diminuição do número de jovens que ingressam no mercado de trabalho, envelhecimento da mão de obra e tendência de se adiantar a aposentadoria compulsória (item 24).

Diante desse cenário, é indispensável adotar políticas públicas com o fim de ampliar as possibilidades de emprego bem como as novas modalidades de trabalho. Considera-se, para tanto, a existência de uma aposentadoria flexível, de ambientes de trabalho adaptáveis e de reabilitação profissional para os idosos com deficiência (item 24).

Atenta-se ao fato de que o emprego continuado para os trabalhadores idosos não reduz, necessariamente, as oportunidades de trabalho para os mais jovens. A economia também pode se beneficiar de programas que utilizem a experiência e as habilidades dos trabalhadores idosos para treinar e capacitar funcionários mais jovens (item 26).

Merece especial atenção a relação de trabalho das mulheres idosas. Elas, normalmente, recebem salários mais baixos e não se desenvolvem profissionalmente devido a interrupções na atividade de trabalho e às obrigações relacionadas ao cuidado familiar. Um objetivo integral do plano de ação de Madri é alcançar a diversidade de idade e o equilíbrio de gênero nos locais de trabalho (item 25).

Com o fim de propiciar o emprego dos idosos na força de trabalho, o plano estabelece como objetivo único a criação de oportunidades de emprego a todas as pessoas idosas que desejam trabalhar (item 28).

5.1.2 Solidariedade intergeracional

A solidariedade intergeracional constitui um requisito primordial da coesão social e é o fundamento tanto dos serviços públicos oficiais bem como dos sistemas de assistência informais de proteção social (item 42).

As pessoas idosas contribuem tanto no aspecto financeiro quanto no aspecto familiar, ao cuidar dos netos e de outros membros da família (item 43).

O plano prevê um objetivo específico para promover a solidariedade intergeracional: fortalecer a solidariedade por meio da equidade e reciprocidade entre as gerações.

5.2 A promoção da saúde e do bem-estar na terceira idade

Essa temática é dividida em seis questões dentre as quais citar-se-ão as duas

mais relevantes.

5.2.1 Idosos e o HIV

O diagnóstico de HIV nos idosos é de difícil identificação, pois os sintomas da infecção podem confundir-se com outras síndromes de imunodeficiência que acometem as pessoas de idade. Essas pessoas podem sofrer um risco maior de infecção por HIV, pois, via de regra, não são alvo de campanhas de informação pública. Assim, elas não recebem educação sobre como se proteger dessa enfermidade (item 78).

Dessa forma, o plano de ação 2002 estabeleceu três objetivos para o cuidado dos idosos e o HIV: a) a melhoria na avaliação dos efeitos da AIDS na saúde dos idosos (item 79); b) a previsão de informação adequada; de capacitação para a prestação de cuidados; de tratamento; de assistência médica; e de apoio social às pessoas idosas com HIV e a quem presta cuidados a elas (item 80); e c) o aprimoramento e reconhecimento da contribuição dos idosos para o desenvolvimento do seu papel como cuidadores de crianças com doenças crônicas e como pais substitutos (item 81).

5.2.2 Idosos com deficiência

Intervenções positivas e ambientes favoráveis para todos os idosos são indispensáveis para promover a sua independência e para habilitar as pessoas de idade com deficiência a participarem plenamente da sociedade (item 89).

O objetivo que visa resguardar os idosos com deficiência consiste em manter uma capacidade funcional máxima durante toda a vida e na promoção da participação plena dos idosos com deficiência (item 90).

5.3 A criação de um ambiente propício e favorável

Pedro et al. (2003) afirma que “[...] entre tantas recomendações é interessante destacar que na assembleia de Madri uma das orientações prioritárias do documento foi a criação de ambientes propícios e favoráveis para o desenvolvimento social das pessoas idosas”.

Segundo a autora (2003) “[...] oferecer um ambiente adequado, indica principalmente, promover oportunidades de acessibilidade e segurança para que o segmento idoso continue exercendo seu direito de ir e vir com o máximo de independência e autonomia possível”.

A temática relacionada à criação de um ambiente propício e favorável é dividida em quatro questões dentre as quais citar-se-ão as duas mais relevantes.

5.3.1 Abandono, maltrato e violência

O processo de envelhecimento implica na redução da capacidade de se recuperar. Dessa forma, os idosos vítimas de maus-tratos podem nunca se recuperar de todo o sofrimento físico ou emocional sofridos. O efeito da experiência traumática pode ser agravado pela vergonha e medo, que produzem uma relutância em pedir ajuda (item 107).

As mulheres idosas correm maior risco de sofrerem abusos físicos e psicológicos devido a atitudes sociais discriminatórias e à não concretização dos direitos humanos das mulheres. Essa situação discriminatória é agravada pela pobreza, pela falta de acesso à lei e pela desproteção dessa (item 108).

Para tratar a questão do abandono, maltrato e violência o plano de Madri prevê dois objetivos: a) a eliminação de todas as formas de abandono, abuso e violência contra as pessoas de idade (item 110); e b) a criação de serviços de apoio para atender aos casos de abuso e maltrato contra os idosos (item 111).

5.3.2 Imagens do envelhecimento

Um aspecto essencial do Plano Internacional de Ação sobre o Envelhecimento de 2002 é a abordagem da imagem positiva do envelhecimento (item 112).

Ao longo da história, os idosos têm sido tradicionalmente respeitados, reconhecendo-se a autoridade, sabedoria, dignidade e experiência frutos de suas experiências. Esses valores são, frequentemente, ignorados em algumas sociedades de forma que os idosos são representados, de modo exagerado, como um fardo para a economia devido à sua crescente necessidade de cuidados de saúde e programas de apoio. É necessário combater essa imagem para que se apresentem os idosos ao público como um grupo atraente, heterogêneo e criativo, cuja contribuição é de grande importância (item 112).

As mulheres de idade são, particularmente, vítimas de estereótipos enganosos e negativos. Ao invés de serem apresentadas de uma forma que considere suas contribuições, bens, recursos e qualidades humanas, elas são frequentemente retratadas como fracas e dependentes. Essa visão reforça as práticas de exclusão em âmbito local e nacional (item 112).

Em relação às imagens do envelhecimento, o plano de Madri prevê como objetivo ampliar o reconhecimento público da autoridade, sabedoria, produtividade e outras contribuições importantes dos idosos (item 113).

6 | CONCLUSÃO

O processo de *dinamogenesis* dos direitos dos idosos no âmbito da ONU ocorreu de forma gradual e sistêmica, considerando os enfoques sociais de cada período em

que foram formulados os documentos estudados. Há, assim, uma base normativa ampla sobre os direitos dos idosos.

O *Vienna International Plan of Action on Ageing* de 1983, o *United Nations Principles for Older Persons* de 1991 e o *Madrid International Plan of Action on Ageing* de 2002 trataram os direitos dos idosos de forma pontual e relevante. Consideraram questões essenciais atreladas ao trabalho, educação, independência, assistência, saúde e dignidade.

O Plano de Viena foi o primeiro documento a estabelecer o direito ao envelhecimento como direito humano. Para a sua elaboração considerou-se a realidade da década de 1980 em relação aos idosos. Assim, tratou de temas relacionados principalmente aos rendimentos de aposentadoria e emprego e à educação.

Oito anos após a elaboração do plano de Viena, elaborou-se o *United Nations Principles for Older Persons* de 1991. Esse considerou as alterações sociais que se ocorreram ao longo desses oito anos, tratando, dentre outros temas, sobre a independência e a assistência dos idosos. A carta de princípios foi um meio de se viabilizar o cumprimento do plano de Viena.

O processo de *dinamogenesis*, nesse contexto, ocorreu principalmente pela inserção de garantias de acesso aos serviços de saúde e à assistência jurídica. Houve, assim, uma maior e melhor consolidação da independência e da inserção social garantida na assembleia de 1982.

Em 2002, nove anos após a elaboração da carta de princípios, realizou-se a segunda assembleia mundial das Nações Unidas sobre o envelhecimento. O *Madrid International Plan of Action on Ageing* foi inovador, pois demonstrou, pela primeira vez, a concordância dos governos em associar as questões do envelhecimento a aspectos relacionados com o desenvolvimento econômico e social e com os direitos humanos.

O documento possui três áreas prioritárias de atuação: os idosos e o desenvolvimento; a promoção da saúde e do bem-estar na terceira idade; e a criação de um ambiente propício e favorável. O seu desafio é construir uma sociedade para todas as idades e, para tanto, inovou com temas antes não tratados como, por exemplo, a solidariedade intergeracional; os idosos diagnosticados com HIV; e as imagens do envelhecimento.

Esse documento, embora tenha tratado de temáticas já abordadas tanto no plano de Viena quanto na carta de princípios, discorreu sobre os temas de um modo mais explicativo e específico. Dá-se aos idosos com deficiência uma atenção especial, tratando-os em tópico restrito para tanto. Aborda-se a situação da mulher idosa; do abandono, do maltrato e da violência; e do cuidado dos idosos.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, Fábio Roberto Bárbolo. **Envelhecendo com Dignidade: O Direito dos Idosos como o Caminho para a Construção de uma Sociedade para Todas as Idades**. 2005. 172 fls. Dissertação (Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005.
- ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. Da Necessidade de uma Universalidade Rediviva para os Direitos Humanos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 16, nº 7, 2017.
- CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?**, Rio de Janeiro, RJ, v. 60, nº 1, p. 253-292, 2004.
- DEBERT, Guita Grin. Desafios da Politização da Justiça e a Antropologia do Direito. **Revista de Antropologia**, São Paulo, USP, v. 53 nº 2, 2010.
- DORON, Israel; MEWHINNEY, Kate. **The Rights of Older Persons** – Collection of International Documents. Jerusalém, 2007.
- KANTER, Arlene S. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law. **Georgia State University Law Review**, Georgia, v.25, 2009.
- NASCIMENTO, Cristine Emily Santos. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_27075299_O_IDOSO_NO_SISTEMA_INTERNACIONAL_DE_PROTECAO_AOS_DIREITOS_HUMANOS.aspx>. Acesso em: 19 maio 2018.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. **Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde**. Disponível em: <<https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2015/10/OMS-ENVELHECIMENTO-2015-port.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.
- PEDRO, Melissa dos Santos Bachur et al. Políticas públicas para o envelhecimento ativo. **Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas: aproximando agendas e agentes**. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/Home/Pesquisa/GruposdePesquisa/participacaodemocraciaepoliticaspUBLICAS/encontrosinternacionais/pdf-st07-trab-aceito-0446-7.pdf>>., 2013. Acesso em: 27 maio 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 6ª ed. Salvador: Juspodium, 2014.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STUCKELBERGER, Astrid. **Direitos Humanos e Pessoas Idosas**. Tradução: Centro de Informação das Nações Unidas para Portugal. Portugal: ONU, 2002.
- UN. United Nation. Political Declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/documents/ageing/MIPAA/political-declarationen.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018.
- _____. United Nations Principles for Older Persons. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/>>

ProfessionalInterest/Pages/OlderPersons.aspx>. Acesso em: 26 maio 2018.

_____. Vienna International Plan of Action on Ageing. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/ageing/documents/Resources/VIPEE-English.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Bruno Thiago Krieger

Mestrando em Direito na linha de pesquisa “Teoria e História da Jurisdição” na Uninter. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor Substituto da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogado. Pesquisador do Projeto de Pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo judiciário e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política” – PPGD UNINTER e Coordenado pelo Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros. Advogado. E-mail: bruno@krmr.adv.br.

Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor Substituto da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo (USP). Advogado. E-mail: felipe@krmr.adv.br.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo verificar qual Tribunal de Justiça é mais eficiente no âmbito da sua administração. Para tanto,

buscou-se, a partir de dados do relatório “Justiça em números 2018” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tem como base dados do ano de 2017, relacionar custos com produtividade. Deve-se destacar que este é apenas um dos olhares possíveis sobre o princípio da eficiência nos Tribunais de Justiça. Ainda, destaca-se que o princípio da eficiência deve ser observado a partir de um binômio, que seria o maior resultado possível com o menor custo possível. Além disso, demonstrou-se, a partir do princípio da Separação dos Poderes, que o Poder Judiciário possui sua administração independente dos demais poderes, razão pela qual, possui atividade atípica a sua e típica do Poder Executivo, devendo observar o princípio da eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da eficiência – Princípio da Separação dos Poderes – Justiça em números – Conselho Nacional de Justiça – Tribunal de Justiça.

THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY AND THE BRAZILIAN COURTS OF JUSTICE

ABSTRACT: This article aims to verify which Court of Justice is most efficient within its administration. Therefore, it was sought, based on data from the report "Justice in numbers 2018" prepared by the National Justice Council (CNJ), which is based on data from 2017, to

relate costs to productivity. It should be noted that this is only one of the possible views on the principle of efficiency in the Courts of Justice. Also, it should be noted that the efficiency principle must be observed from a binomial, which would be the greatest possible result with the lowest possible cost. Beside, it was demonstrated, based on the principle of separation of powers, that the judiciary has its administration independent of other powers, which is why it has atypical activity and is typical of the Executive Power, and must observe the principle of efficiency.

KEYWORDS: Principle of efficiency - Principle of separation of powers - Justice in Numbers - National Council of Justice - Court of Justice.

*“A justiça sem a força é impotente,
a força sem justiça é tirana.”*
(Blaise Pascal)

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo proceder uma análise sobre o princípio da eficiência dos Tribunais de Justiça no Brasil. Importante esclarecer que o estudo busca correlacionar os gastos dos Tribunais, considerados por juiz e por servidor, com a quantidade de processos baixados no ano de 2017, sendo que não está avaliando o tempo de tramitação do processo. Em razão disso, procede-se o levantamento de dados a partir do relatório “Justiça em números 2018” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tem como base dados do ano de 2017.

Primeiramente, faz-se necessário entender o que é o princípio da eficiência, bem como, de que forma este se aplica à administração pública. Este levantamento será feito a partir de bibliografia doutrinária, referido entendimento demonstrasse relevante para que, posteriormente, seja possível correlacionar os dados levantados com uma teoria de base do direito administrativo, uma vez que a simples leitura dos dados pode dizer ao leitor muita coisa, mas é a partir da correlação destes dados com a teoria que se poderá verificar algum elemento que possa contribuir para o aperfeiçoamento dos Tribunais, nos dados sob análise.

Posteriormente, deve-se revisitar o princípio da Separação de Poderes, a fim de que seja possível verificar como no Brasil, este princípio, permite a realização de tarefas administrativas ao Poder Judiciário, em especial, em relação à gestão dos seus órgãos. Até porque, como dito, não é a função tipicamente do Judiciário que se está a analisar, mas sim a sua gestão de recursos financeiros, atividade tipicamente administrativa, com o seu propósito jurisdicional.

Na sequência é demonstrado os números dos Tribunais de Justiça brasileiros. É importante destacar que a pesquisa, para fins de recorte metodológico, optou por analisar apenas as justiças estaduais, não fazendo qualquer menção ou análise aos Tribunais Federais, Trabalhistas, Eleitorais, Superiores, Militares, entre outros. Até porque, referido trabalho não seria possível no pequeno espaço temporal e material

que se tem para trabalhar, podendo ser objeto de pesquisa futura.

Por fim, buscará se demonstrar qual Tribunal de Justiça tem sido mais eficaz, analisando-se os dados em relação ao valor gasto por servidor e por magistrado e a correlação deste com o número de processos baixados. Ainda, serão apresentadas algumas hipóteses do que os valores podem representar e, eventualmente, apontar em que pontos os Tribunais menos eficazes podem melhorar para chegar a um patamar mais próximo dos Tribunais mais eficazes.

Destaca-se que esta pesquisa não pretende dar um ponto final a esta discussão, uma vez que se compreende que se pode discutir o princípio da eficiência por diversos aspectos, sendo que o proposto nesta pesquisa é apenas um dos olhares possíveis.

É imperioso destacar que esta pesquisa já é relevante por si mesma, uma vez que analisa a produtividade e os gastos dos Tribunais de Justiça, sendo que sua relevância aumenta em um cenário de crise econômica, como o atual, em que tanto se discute a redução dos gastos públicos.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Antes de adentrar no conceito do princípio da eficiência, é imperioso lembrar que estamos falando de um princípio típico do Estado Democrático de Direito, em que não se pode mais pensar em um Estado mínimo e sem comprometimento com resultados, em que se deve compreender este com uma obrigação, mínima, de dever prestar contas de suas ações para a população como um todo.

É importante destacar como na visão de Maria Sylvia Zanella di Pietro, o Estado Democrático de Direito tem “*uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública*”, referida percepção trará uma compreensão de que o cidadão passa a ser mais atuante neste modelo de Estado e, portanto, terá mais voz, essa ideia é importante, pois abre as portas para o princípio da eficiência administrativa.

É inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa –, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo.²

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo : Atlas, 2012. p. 29.

2 Ibidem. p. 30.

No Estado Democrático de Direito, há o reforço do princípio da legalidade com o acréscimo da sua esfera substancial.³ Roberto Gargarella demonstra como a Constituição se torna diferente da legislação ordinária, a condicionando materialmente inclusive. Importante destacar que não é apenas a legislação que a Constituição condiciona, mas todo o ordenamento jurídico deve ser pautado de acordo com a Constituição, ou seja, qualquer ato do poder público é vinculado ao texto constitucional.

La Constitución es, por definición, un tipo de norma distinta de la legislación ordinaria. Basta recordar, sin pretensión de exhaustividad, algunos de los rasgos que marcan esta diferencia. Algunos de estos rasgos están estrechamente interrelacionados, de manera que seguramente existen superposiciones entre ellos. Primero, la Constitución es la ley suprema, y subordina tanto la forma de creación como el contenido de la legislación inferior. Segundo, la Constitución establece las instituciones fundamentales del Estado y define sus facultades y objetivos. Tercero, la Constitución consagra el catálogo de derechos fundamentales de las personas. Y cuarto, la Constitución prevé una serie de garantías para preservar su supremacía, entre las que interesa destacar la llamada rigidez constitucional –es decir, el hecho de que la reforma de la constitución requiera un procedimiento más gravoso que la aprobación o modificación de legislación ordinaria.⁴

De tal modo, surge o Estado Democrático de Direito, ante a necessidade de se dar valor jurídico a norma constitucional. Assim, uma norma para ser válida, não dependia mais, tão somente, da forma como foi produzida, mas também do seu conteúdo, que deve ser compatível com a norma constitucional, a qual possui força hierárquica superior as demais normas.⁵

Ainda, deve-se anotar a ideia trazida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, onde “o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”⁶.

A importância de tratar desses conceitos vem de discussões ocorridas após o advento da emenda constitucional nº 19/98, a qual reformou profundamente a Administração Pública. A emenda constitucional nº 19/98 teve como uma de suas principais alterações o acréscimo do princípio da eficiência no caput do art. 37 da Constituição Federal. Essa alteração criou um cenário doutrinário que pressionava pela ampliação da discricionariedade administrativa, criando, inclusive, o conceito de discricionariedade técnica, em uma tentativa de diminuir o controle judicial dos atos da Administração Pública, alegando que a eficiência só seria possível neste modelo.⁷

3 FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos** – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 19/22.

4 GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes**. Naciones Unidas: Santiago de Chile, 2009. Disponível em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 16 fev. 2019. p. 13.

5 FERRAJOLI, Luigi. **Op. Cit.**, 2015. p. 19/22.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op. Cit.**, 2012. p. 29.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op. Cit.**, 2012. p. 30.

Gabardo e Hachem irão apontar que a referida emenda constitucional surgiu no cenário da chamada Reforma do Aparelho do Estado, em meados dos anos 90, sendo que a ideia propagada no pano de fundo da discussão era a de reduzir o aparelhamento estatal. Apontam, ainda, que houve a intenção de modificar-se a administração burocrática pela gerencial, em que se buscava auferir apenas os resultados, reduzindo a preocupação com os meios e a forma de realizar os atos da Administração Pública.⁸

Nesta mesma vertente do Direito administrativo têm-se colocado que é necessária uma nova noção de serviço público, com uma diminuição estatal, ideia trazida pelos neoliberais, bem como, pela comunidade europeia, onde o Estado deve abrir tais serviços à livre iniciativa. Isso tem sido feito no Brasil através de uma privatização parcial, por lei ordinária, sendo instituídas agências reguladoras desses serviços.⁹

Na percepção de Paulo Modesto, o aparato burocrático do Estado, atualmente, é menos significativo do que o estado normativo e econômico. Aponta, ainda, que a população cobra com uma impaciência cada vez maior as ações estatais. Aliás, cobra, além da aptidão e a qualidade do agir, até a omissão no agir que, como exemplo, pode-se citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e o Mandado de Injunção (MI) nº 4733, que questionam a omissão legislativa na criminalização da homofobia.¹⁰

Nesta concepção, Paulo Modesto irá afirmar que estas não são reclamações de um Estado Liberal, mas sim de um Estado Social e Democrático, uma vez que se está a cobrar serviços, prestações do Estado, com fundamento no princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição Federal. De tal modo, aponta que é o Estado Social e Democrático que deve ter maior preocupação com a justificação dos recursos que extrai da sociedade, apresentando resultados relevantes.¹¹

No entanto, é importante lembrar que algumas funções tipicamente do Estado Social e Democrático são meramente de atuação negativa, como por exemplo, o exercício do direito de greve, basta ao Estado não impedir que esta ocorra; no direito a moradia, ele tem um viés positivo e um negativo, por exemplo, é positivo na fomentação de moradias para quem não tem onde morar, porém, é negativo no reconhecimento do bem de família do único imóvel familiar, declarando, assim, a sua impenhorabilidade, permitindo que quem já tenha seu imóvel familiar residencial, não

8 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa.** Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin (2010): 239-292. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34583670/Artigo_Emerson-Daniel-Responsabilidade-Eficiencia.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53U-L3A&Expires=1550326152&Signature=UhGzesyTv7cjSuMetcsep11AsTU%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DResponsabilidade_civil_do_Estado_faute_d.pdf. Acesso em 16/02/2019.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op. Cit.**, 2012. p. 32/33.

10 MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência.** Revista do Serviço Público. Ano 51, número 2, abr-jun 2000. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em 16/02/2019. p. 105/106.

11 Idem.

o perca em virtude de alguma dívida, por exemplo.

Igualmente, não é verdade que no Estado Liberal haja, tão somente, políticas de cunho negativo, que não exijam grandes gastos estatais, isto porque, alguns preceitos, tipicamente deste modelo de Estado, necessitam de intervenção estatal e investimentos públicos, como exemplo, a segurança pública, que tem o viés de proteção da propriedade privada, se dá, entre outras medidas, a partir da intervenção estatal, sendo importante destacar que a ineficiência nesta área, por exemplo, causa grande clamor social.

De tal modo, o princípio da eficiência decorre, muito mais, de uma sociedade democrática do que de uma sociedade liberal ou social, uma vez que é na democracia que os governos possuem obrigação de prestar contas para a população, é na democracia que os governantes passam, de tempos em tempos, por um filtro popular, através dos processos eleitorais.

Faz-se necessário compreender qual seria o conteúdo material mínimo do princípio da eficiência, a fim de se ter clareza o que se pode exigir da Administração Pública a partir deste comando normativo constitucional. No entendimento de Gabardo e Hachem seria

o dever imposto constitucionalmente à Administração Pública de (a) exercer a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade, (b) atuando de modo a concretizar fielmente a finalidade pública subjacente às normas jurídicas às quais está submetida, (c) utilizando os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo direito positivo (interesse público), (d) conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico, (e) sempre em consonância com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa. Impende analisar separadamente cada um dos desdobramentos ora enunciados.¹²

Para Cibele Cristina Baldassa Muniz, o princípio da eficiência deve ter vínculo com dois importantes elementos, quais sejam, os meios utilizados com os resultados que se almejam. Defende que os resultados devem ser analisados a partir do objetivo político, social e jurídico do instituto analisado, devendo estar em conformidade com a Constituição Federal e com os objetivos desta.¹³

Desta forma, de nada adianta apenas a análise a partir dos gastos públicos, deve-se verificar, igualmente, qual é o resultado prático, uma vez que eficiência ser analisada a partir de um binômio construído a partir do menor custo e do melhor resultado, sendo que não atende ao princípio da eficiência a demonstração de apenas um deles.

De tal modo, partindo destes conceitos e entendimentos sobre o princípio da eficiência para a Administração Pública, deve-se reconhecer a sua força normativa,

¹² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Op. Cit.** p. 4.

¹³ MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. **O princípio da eficiência na administração pública brasileira**. Prisma Jurídico, São Paulo, v.6 (2007): 85-100. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93400606.pdf>. Acesso em 16/02/2019.

por ser uma norma constitucional, para que este produza efeito jurídico para os administradores públicos. Assim, como já dito, sendo uma regra constitucional, há dever de obediência e de observação sobre ele de qualquer agente, órgão da

Pois bem, além disso, deve-se compreender a necessária ligação deste princípio constitucional com o Poder Judiciário, que é o objeto deste artigo, a fim de que se possa entender o que é possível analisar a partir deste poder. Para tanto, deve-se verificar o princípio da Separação de Poderes e como ele determina que o próprio Poder Judiciário irá gerenciar o seu próprio orçamento, a fim de se compreender como se pode exigir deste poder o melhor uso dos recursos públicos.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O PODER JUDICIÁRIO

Há muito que Rui Barbosa já declarava que *“A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”*. Esta é a razão de ser do Poder Judiciário, ele deve buscar um processo que tenha um tempo razoável, que caminhe para a celeridade, obviamente que celeridade não é, e nem deve ser, sinônimo de supressão de direitos fundamentais, pelo contrário, celeridade processual é também um direito fundamental (art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal).

Jorge Luiz de Almeida ensina que

O conceito de razoável duração do processo não fixa medida temporal. É comando a ser aplicado em atenção às peculiaridades do processo. Não é restritivo do direito à prova. Veda, sim, tempo vago para soluções sobre o direito em razão de formalismos, de delongas para a movimentação dos autos. É reprovação do chamado "sono do processo (Tarzia)"¹⁴

É importante destacar que neste artigo não será analisada a duração dos processos judiciais de cada Tribunal de Justiça Estadual, uma vez que referida tabulação não seria possível neste momento, em virtude de tempo e pessoal para tabular referidos dados, mas é um estudo que fica aberto para uma possibilidade futura.

Assim, o recorte deste artigo se refere a administração orçamentária dos Tribunais de Justiça dos Estados e, qual a relação de gastos com processos baixados de cada Tribunal. Para tanto, é necessário lembrar sobre o princípio da Separação dos Poderes insculpido no art. 2º da Constituição Federal, uma vez que cada poder estatal terá seu próprio orçamento e contará com sua própria administração, o que é fundamentado com base neste princípio, proporcionando independência, inclusive administrativa, dos três poderes.

Montesquieu, no livro “O espírito das leis”, datado de 1748, em um momento histórico que antecedia as revoluções burguesas do século XVIII, quando se percebia que para a construção de uma sociedade mais paritária, era necessária a limitação

14 ALMEIDA, Jorge Luiz (Coord.). **Emenda constitucional n. 45/04 e responsabilidade**. In: A Reforma do Poder Judiciário. Campinas-SP: Millennium, 2006. p. 3.

do poder do monarca, trouxe a ideia de que era imprescindível superar o governo dos homens, pautado na centralidade e na concentração do poder pelo Rei, para um governo de leis, estas que eram formuladas por um Poder Legislativo, executadas por um Poder Executivo e que tinham a sua mera aplicação garantida pelo Poder Judiciário.¹⁵

Neste modelo, a separação de poderes era bastante rígida, sendo que era incabível a qualquer poder ter funções diversas da que eram tipicamente suas. Montesquieu defendia que nenhum poder poderia ser excessivo, pois para qualquer dos lados que pendesse existiria alguma forma de arbítrio.¹⁶

Atualmente, a compreensão da teoria da separação dos poderes não pode ser entendida como absoluta, até porque, atualmente, vivemos em um Estado Democrático de Direito com um forte viés de Estado Social, ou seja, que possui promessas constitucionais que devem ser efetivadas com o passar do tempo. E, reconhecer uma rigidez igual a existente na época de Montesquieu pode acabar por decretar que o texto constitucional e suas promessas de dias melhores, seja considerado letra morta da Constituição.

Deve-se lembrar que, no século XVIII, o único objetivo do Direito Constitucional era limitar o poder do Estado, enquanto na atualidade ele impõe deveres a este Estado. De tal modo que cada um dos poderes serve como um mecanismo de impulsos-freios-contrapesos.

Nas palavras de Flávio Pansieri *“se compreende a Separação dos Poderes como um conjunto de atribuições distribuídas a órgãos distintos, com atribuições múltiplas e com a obrigação de limitar e impulsionar a atividade dos demais órgãos, por meio de mecanismos legais previamente definidos”*.¹⁷

É importante que se perceba esta evolução na teoria da separação dos poderes, onde, atualmente, se permite um avanço no controle de um poder sobre o outro, sendo o limite desta atuação a discricionariedade, um poder não pode invadir o poder discricionário de outro, sob pena de se aniquilar o princípio da separação de poderes.¹⁸

Evidente, pois, caso um poder pudesse intervir no poder discricionário de outro poder, o que sobraria a este outro poder? Ter que ser sempre chancelado pelo poder que teria a última palavra? Ora, referida autorização acabaria por matar o princípio da Separação dos Poderes, inerentes a sociedades democráticas.

Atualmente, os poderes possuem funções típicas e atípicas, devendo ser reconhecidas como funções típicas as suas ordinárias e as atípicas aquelas que, em tese, poderia pensar ser de outro poder, mas que a constituição delegou a este

15 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo : Martin Claret, 2010.

16 Idem.

17 PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 139.

18 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários ao art. 2º da Constituição Federal**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013. p. 145.

poder, como por exemplo, as funções executivas previstas no art. 96 da Constituição Federal que são atribuídas ao Poder Judiciário.¹⁹

Deve-se reconhecer que o princípio da Separação dos Poderes não é estático e não é igual em todos os países, sendo que em cada país a sua construção deve ser reconhecida a partir da sua própria cultura jurídica. Ainda, deve-se perceber as diferenças conforme o modelo de direito ou mesmo o sistema de governo.²⁰

E, são essas medidas atípicas, de gestão do Poder Judiciário que se pretende analisar sob o viés do princípio da eficiência neste artigo, utilizando-se como base o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”, que utiliza base de dados de 2017.

Assim, o interesse central deste artigo é entender qual o Tribunal de Justiça que tem se aproximado mais do princípio da eficiência na gestão de seus recursos, o que pode ser percebido através de diversas fórmulas e cálculos, o que aqui se propõe é referente aos gastos por magistrado e por servidor, sendo relacionado com o número de processos baixados em cada Tribunal de Justiça, de modo a auferir a maior produtividade com o menor custo.

No referido relatório, constam os índices de produtividade dos magistrados e dos servidores dos Tribunais de Justiça de cada Estado. Este índice leva em consideração o número de processos baixados, em média, por magistrado e servidor existente no Tribunal de Justiça respectivo, os números são os seguintes:

	Magistrados	Servidores
TJRJ	3321	232
TJSP	2363	170
TJRS	2071	229
TJPR	1650	215
TJMT	1983	151
TJSE	2002	143
TJMA	1634	154
TJMG	1823	147
TJBA	2111	183
TJPI	1105	105
TJAL	1223	131
TJSC	1926	179
TJGO	1588	133
TJPA	923	87
TJES	1136	136
TJRR	1228	92
TJAC	1141	88
TJRO	1161	105
TJCE	908	113
TJPE	1196	103
TJAM	1111	154

19 Idem.

20 Ibidem, p. 146.

TJDFT	1229	85
TJPB	944	98
TJRN	1278	113
TJTO	1359	115
TJAP	1033	95
TJMS	1577	139
Média	1844	159

I – Tabela de produtividade por magistrado e por servidor.

*relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”

Ainda, o mesmo relatório traz o valor médio gasto por magistrado e por servidor a título de despesas, é importante destacar que estes valores representam o custo do serviço público computados pagamentos de encargos sociais, previdenciários e imposto de renda, e não o valor recebido por magistrados, servidores e terceirizados. Os valores consideram, inclusive, despesas de viagens a serviço, tais como passagens e diárias, conforme tabela a seguir:

	Magistrado	Servidor
TJRJ	59074	17020
TJSP	44593	10349
TJRS	46878	12350
TJPR	40778	12513
TJMT	47045	14398
TJSE	53202	10697
TJMA	45106	13018
TJMG	52833	14377
TJBA	60710	18415
TJPI	34946	13331
TJAL	46255	10385
TJSC	74174	14458
TJGO	63.365	9759
TJPA	31588	12772
TJES	44170	13866
TJRR	47494	14644
TJAC	49572	8963
TJRO	50486	10276
TJCE	37055	12678
TJPE	53919	10777
TJAM	48096	16956
TJDFT	51457	18607
TJPB	50140	9475
TJRN	63449	18473
TJTO	72126	16399
TJAP	52199	15691
TJMS	100607	13789

Média	49780	12944
--------------	--------------	--------------

II – Tabela de despesas por magistrado e por servidor.

*relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”

Com estes dados, é possível produzir-se um *score* dos magistrados e dos servidores, aonde poderá se verificar em qual Tribunal de Justiça se encontram os magistrados mais eficientes e, em qual se encontram os servidores mais eficientes. Este *score* foi feito a partir do quociente do valor gasto por processo baixado, utilizando-se, assim, a seguinte fórmula: (DM^{21}/PM^{22}) e (DS^{23}/PS^{24}) .

	Magistrado	Servidor
TJRJ	17,78801566	73,36206897
TJSP	18,87134998	60,87647059
TJRS	22,63544182	53,930131
TJPR	24,71393939	58,2
TJMT	23,72415532	95,35099338
TJSE	26,57442557	74,8041958
TJMA	27,60465116	84,53246753
TJMG	28,98134942	97,80272109
TJBA	28,75888205	100,6284153
TJPI	31,62533937	126,9619048
TJAL	37,82093213	79,27480916
TJSC	38,51194185	80,77094972
TJGO	39,90239295	73,37593985
TJPA	34,22318527	146,8045977
TJES	38,88204225	101,9558824
TJRR	38,67589577	159,173913
TJAC	43,44609991	101,8522727
TJRO	43,48492679	97,86666667
TJCE	40,80947137	112,1946903
TJPE	45,08277592	104,631068
TJAM	43,29072907	110,1038961
TJDFT	41,86899919	218,9058824
TJPB	53,11440678	96,68367347
TJRN	49,64710485	163,4778761
TJTO	53,07284768	142,6
TJAP	50,53146176	165,1684211
TJMS	63,79644895	99,20143885
Média	26,99566161	81,40880503

III – Tabela de score despesa/produzividade por magistrado e por servidor.

*Feito para esta pesquisa, com base nos números do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”

- 21 Despesa por magistrado.
 22 Produtividade por magistrado.
 23 Despesa por servidor.
 24 Produtividade por servidor.

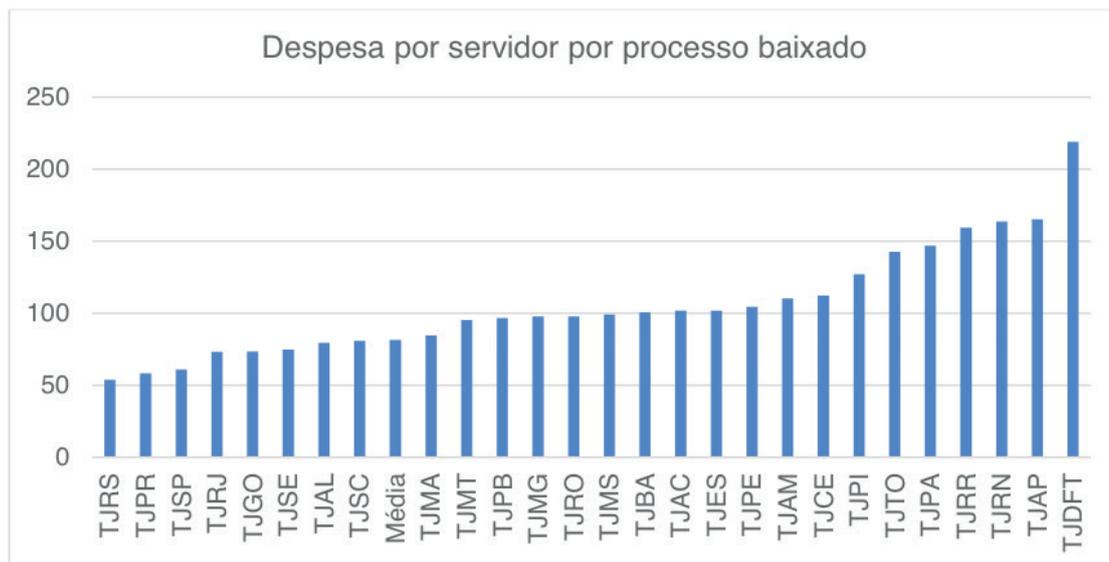
Ainda, realizou-se um *score* total, em que foram consideradas tantas as despesas por magistrado, quanto por servidor, bem como, os processos baixados por magistrado e por servidor, utilizando-se a seguinte fórmula: $(DM+DS/PM+PS)$.

	Score Total
TJRJ	21,416831
TJSP	21,690486
TJRS	25,751304
TJPR	28,574263
TJMT	28,792409
TJSE	29,789744
TJMA	32,50783
TJMG	34,116751
TJBA	34,492153
TJPI	39,898347
TJAL	41,83161
TJSC	42,105463
TJGO	42,48925
TJPA	43,920792
TJES	45,625786
TJRR	47,074242
TJAC	47,628153
TJRO	47,995261
TJCE	48,710088
TJPE	49,804465
TJAM	51,424506
TJDFT	53,321157
TJPB	57,212092
TJRN	58,894321
TJTO	60,057666
TJAP	60,18617
TJMS	66,664336
Média	31,315027

IV – Tabela de score despesa/produtividade total

*Feito para esta pesquisa, com base nos números do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”

A partir destas tabelas, produziu-se três gráficos, em que eles apresentam, respectivamente, a despesa por servidor por processo baixado; a despesa por magistrado por processo baixado e a despesa por magistrado e servidor por processo baixado. Os gráficos devem ser lidos a partir da seguinte premissa, quanto menor o *score*, mais eficiente é o Tribunal de Justiça.



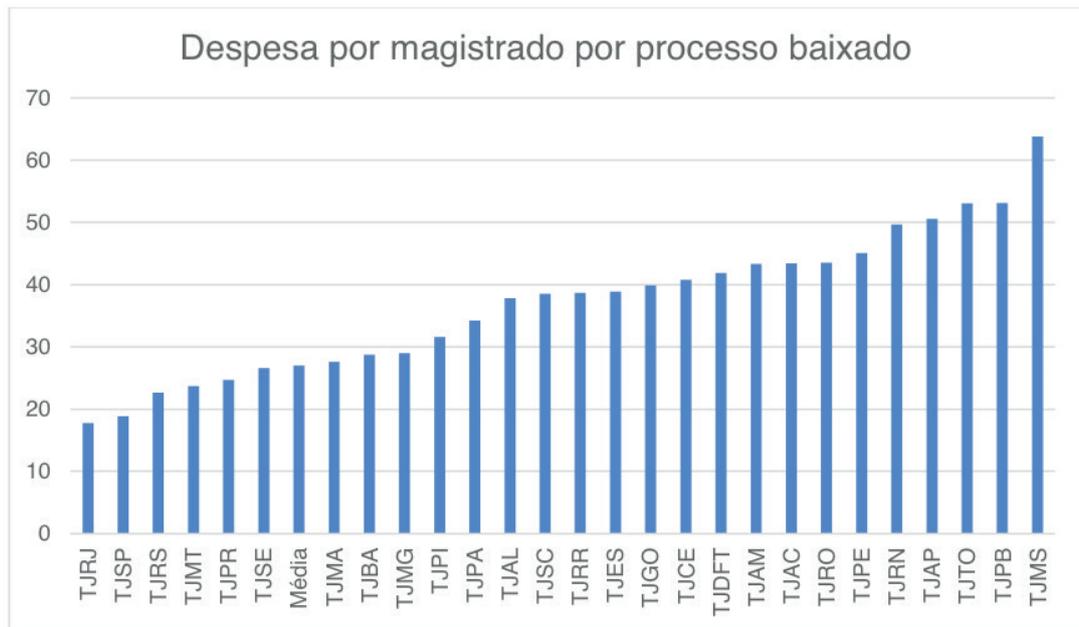
* Feito para esta pesquisa, com base nos números do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”.

Em relação aos servidores, podemos observar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é o mais eficiente, uma vez que é o que apresenta o *score* despesa/processo baixado por servidor mais baixo. A partir disso, pode-se dizer que é o Tribunal que possui o menor gasto por servidor para baixar um processo.

Ainda, é importante observar que apenas oito Tribunais de Justiça estão abaixo da média nacional, sendo eles: Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás, Sergipe, Alagoas e Santa Catarina. Destaca-se, ainda, a grande diferença do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ficando com uma diferença superior a 50 (cinquenta) pontos no *score* para o Tribunal de Justiça, imediatamente, anterior a ele, qual seja, o do estado do Amapá.

Além do mais, importante destacar que entre o Tribunal de Justiça mais eficiente, quando se relaciona apenas os gastos por servidor, e o menos eficiente, há uma diferença, no *score*, superior a 4 (quatro) vezes, uma vez que o *score* do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul ficou igual a 53,930131, enquanto que o do Tribunal de Justiça do Distrito Federal atingiu a marca de 218,9058824.

É necessário que se demonstre em gráfico a relação entre as despesas por processo baixado vinculados aos magistrados de cada Tribunal de Justiça.



* Feito para esta pesquisa, com base nos números do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”.

Em relação aos magistrados, podemos observar que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é o mais eficiente, uma vez que é o que apresenta o *score* despesa/processo baixado por magistrado mais baixo. A partir disso, pode-se dizer que é o Tribunal que possui o menor gasto por magistrado para baixar um processo.

Ainda, é importante observar que apenas seis Tribunais de Justiça estão abaixo da média nacional, sendo eles: Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Paraná e Sergipe. Destaca-se, ainda, a grande diferença do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul ficando com uma diferença superior a 10 (dez) pontos no *score* para o Tribunal de Justiça, imediatamente, anterior a ele, qual seja, o do estado da Paraíba.

Além do mais, importante destacar que entre o Tribunal de Justiça mais eficiente, quando se relaciona apenas os gastos por magistrados, e o menos eficiente, há uma diferença, no *score*, superior a 3 (três) vezes, uma vez que o *score* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ficou igual a 17,78801566, enquanto que o do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul atingiu a marca de 63,79644895.

Por fim, tem-se o gráfico relativo a análise conjunta das despesas por servidor e por magistrado por processo baixado, em que se pode analisar os Tribunais de Justiça como um todo.



* Feito para esta pesquisa, com base nos números do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominado de “Justiça em números 2018”.

Em relação a análise tanto de magistrados como de servidores, podemos observar que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é o mais eficiente, uma vez que é o que apresenta o *score* despesa/processo baixado por magistrado e servidor mais baixo. A partir disso, pode-se dizer que é o Tribunal que possui o menor gasto no conjunto magistrado e servidor para baixar um processo.

Ainda, é importante observar que apenas seis Tribunais de Justiça estão abaixo da média nacional, sendo eles: Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Mato Grosso e Sergipe. Destaca-se, ainda, que o Tribunal de Justiça mais ineficiente é o do estado do Mato Grosso do Sul.

Além do mais, importante destacar que entre o Tribunal de Justiça mais eficiente, quando se relaciona os gastos por magistrados e por servidores, e o menos eficiente, há uma diferença, no *score*, superior a 3 (três) vezes, uma vez que o *score* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ficou igual a 21,416831, enquanto que o do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul atingiu a marca de 66,664336.

O que se pode destacar no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que pode contribuir, em grau bastante elevado, para esta percepção de que é o menos eficiente, é o alto gasto relacionado aos magistrados (R\$ 100.607,00 – cem mil, seiscentos e sete reais), o que pode indicar que ou os salários dos magistrados são elevados ou que há poucos magistrados, uma vez que é preciso lembrar que não é apenas salário que está nesta conta, mas as despesas necessárias para o andamento dos processos por magistrado.

Até porque, é importante destacar que no quesito produtividade, em relação aos magistrados e aos servidores, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul é o 13º (décimo terceiro) mais produtivo, de modo que tudo indica que são os seus

gastos e não a sua produtividade que o faz se tornar o Tribunal de Justiça menos eficiente do país, a partir dos parâmetros utilizados nesta pesquisa, sendo sempre imperioso destacar que é possível a utilização de outros dados para auferir o princípio da eficiência, uma vez que este pode ser analisado a partir de diversas óticas.

E é justamente o critério de produtividade dos magistrados e dos servidores é que contribui muito para que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro seja considerado o mais eficiente do país, isto porque, no quesito menor gasto com magistrados é apenas o 22º (vigésimo segundo) e, em relação as despesas com servidores, apenas o 25º (vigésimo quinto).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível perceber que o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal, permeia toda a administração pública e impõe ao administrador público a obrigatoriedade de sempre buscar fazer mais com menos recursos. É imperioso destacar que referida característica é reforçada em momentos de crises financeiras, como a que vivemos atualmente, mas que deve ser a tônica permanente da Administração Pública.

Ainda, é imperioso destacar que o Princípio da Separação de Poderes evoluiu a tal ponto de se perceber a total independência do Poder Judiciário na administração financeira de seus órgãos. Assim, em que pese não ser uma função tipicamente do Poder Judiciário, ele é sim o responsável por gerenciar os seus recursos financeiros. E, como parte da Administração Pública, está sujeito a obrigação constitucional de se nortear pelo princípio da eficiência administrativa.

É importante destacar que o princípio da eficiência não tem a pretensão de limitar os gastos públicos, mas sim de impor à Administração Pública a necessidade de atingir seus objetivos ao máximo com o menor custo para o erário. De tal modo, não é possível utilizar o princípio da eficiência para alegar eventual impossibilidade financeira, uma vez que para isso, existe a aplicação do princípio da reserva do possível, sendo que o princípio da eficiência consiste em um binômio pensado a partir dos menores custos e maiores resultados.

Em razão deste raciocínio criou-se um *score* a partir dos gastos médios de cada Tribunal de Justiça por servidor e por magistrado, correlacionado com a quantidade de processos baixados, tendo como base de dados os valores referentes ao ano de 2017. É que uma das principais finalidades do Poder Judiciário é entregar aos jurisdicionados o provimento judicial, aqui, presumiu-se que o fato do Tribunal baixar o processo concluiu a jurisdição. De tal modo, a relação de entrega de jurisdição com o gasto médio por servidor e magistrado, pareceu adequado para a percepção de qual seria o Tribunal de Justiça mais eficiente do país.

Neste sentido, a eficiência está relacionada ao menor custo com a maior produtividade, de modo que não adiantaria produzir muito, mas ter o custo elevado,

como, igualmente, não seria eficiente ter o custo baixo, mas não produzir nada.

A partir dessas premissas, percebeu-se que o Tribunal de Justiça mais eficiente é o do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que seu *score* ficou em 21,416831, enquanto que o menos eficiente é o do Estado do Mato Grosso do Sul, que ficou com o *score* em 66,664336, sendo que a média nacional foi de 31,315027.

Ainda, aponta-se que o que pode contribuir para que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul figure como o mais ineficiente do país, a partir dos parâmetros utilizados nesta pesquisa, é o alto gasto relacionado aos magistrados (R\$ 100.607,00 – cem mil, seiscentos e sete reais), o que pode indicar que ou os salários dos magistrados são elevados ou que há poucos magistrados, uma vez que é preciso lembrar que não é apenas salário que está nesta conta, mas as despesas necessárias para o andamento dos processos por magistrado.

De tal modo, pode-se perceber que há uma grande disparidade entre alguns Tribunais de Justiça no que se refere ao princípio da eficiência administrativa, quando se utiliza os parâmetros desta pesquisa, sendo que o *score* do mais eficiente é mais de três vezes menor do que o Tribunal de Justiça menos eficiente.

Além disso, é importante lembrar que referida pesquisa aponta uma leitura do princípio da eficiência, mas que as possibilidades de análise deste, perante os dados dos Tribunais, são infinitas, podendo-se trabalhar com diversas possibilidades de mensurar a eficiência do Poder Judiciário, tanto a partir do tempo do processo, como em relação aos gastos, sendo que ficam abertas outras possibilidades para pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jorge Luiz (Coord.). **Emenda constitucional n. 45/04 e responsabilidade**. In: A Reforma do Poder Judiciário. Campinas-SP: Millennium, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo : Atlas, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin (2010): 239-292. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34583670/Artigo_Emerson-Daniel-Responsabilidade-Eficiencia.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550326152&Signature=UhGzesyTv7cjSuMetcsep11AsTU%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DResponsabilidade_civil_do_Estado_faute_d.pdf. Acesso em 16/02/2019.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas interrogantes**. Naciones Unidas: Santiago de Chile, 2009. Disponível em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 16 fev. 2019.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista do Serviço

Público. Ano 51, número 2, abr-jun 2000. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em 16/02/2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo : Martin Claret, 2010.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. **O princípio da eficiência na administração pública brasileira**. Prisma Jurídico, São Paulo, v.6 (2007): 85-100. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93400606.pdf>. Acesso em 16/02/2019.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo : Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. **Comentários ao art. 2º da Constituição Federal**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.

JUSTIÇA RESTAURATIVA – O EMPODERAMENTO DA VÍTIMA NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS COMO FORMA EFETIVA DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Jaime Roberto Amaral dos Santos

URI – Santo Ângelo (RS)

RESUMO: O artigo ora exposto traz uma análise ao fenômeno do crime e da justiça na sua visão retributiva compreendida no atual modelo de justiça criminal e a proposta da Justiça Restaurativa como um novo ideal de justiça, que vem a complementar o sistema atual, por meio de um processo participativo, colaborativo e inclusivo, priorizando a figura da vítima. A Justiça Restaurativa propõe uma mudança de foco: da materialidade do delito às pessoas envolvidas e a restauração dos laços rompidos, onde por intermédio do diálogo as partes possam expor seus sentimentos em relação ao conflito, objetivando o arrependimento e do perdão para cura do trauma sofrido na ação delituosa, efetivando e validando os direitos humanos. O estudo é de suma importância à justiça brasileira, bem como a toda sociedade.

PALAVRA-CHAVE: Justiça – Vítima – Ofensor – Restauração

RESTAURANT JUSTICE - EMPOWERING VICTIM IN TREATMENT OF CONFLICTS AS AN EFFECTIVE WAY OF JUSTICE

ABSTRACT: The article presents a review of the phenomenon of crime of justice in its global

retractable view without the current model of criminal justice and the presentation of the law as a new ideal of justice, which becomes a complement to the current system through a process. participative, collaborative and inclusive, prioritizing the figure of the victim. Restored Justice Checks the focus: from the materiality of the offense to the people and the restoration of broken ties, through dialogue as part of their feelings about conflict, suffering and forgiveness for healing the trauma suffered in the Criminal Action, effecting and validating human rights. The study is of paramount importance to the Brazilian justice, as well as to the whole society.

KEYWORDS: Justice - Victim - Offender - Restoration

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo expõe uma análise do atual modelo de justiça criminal bem como demonstra que a violação da lei cria uma ofensa ao Estado, que monopoliza o sistema de justiça, e por meio da imposição da pena, falha na sua finalidade de ressocializar o ofensor e reduzir da criminalidade.

A esse ponto, a Justiça Restaurativa, pretende estabelecer uma mudança de foco, do crime, da retribuição e da pena, para a vítima,

a restauração dos laços rompidos e reparação dos danos, procurando por meio de um processo participativo e colaborativo, estabelecer um diálogo, um consenso, promovendo a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a inclusão social, e uma justiça mais humana, no momento em que assegura os direitos das partes de resolverem seus conflitos pelo empoderamento que lhes proporciona, principalmente da vítima.

2 | ATUAL MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL

O atual modelo de justiça criminal adotado em nosso sistema judicial, a Justiça retributiva, tem a preocupação exclusiva de efetuar a retribuição legal a quem viole a lei pré-estabelecida, de forma que o crime é concebido como uma violação contra o Estado, definida, assim, como desobediência à lei, onde a partir dessa violação o Estado assume o lugar da vítima e passa a determinar o culpado na relação de conflito, infligindo dor na nova relação Estado-ofensor, por meio da penalização/responsabilização.

Nesse contexto, a vítima chegou a ter, no passado, lugar de destaque nas relações de conflito, principalmente no período medieval (anterior ao século XII), período conhecido como “Idade de Ouro” da vítima, em que o Estado não havia se constituído politicamente, e a família, como forma de organização social, detinha poder e autoridade para exercer a vingança privada (olho por olho), como forma de realização da justiça (OLIVEIRA, 1999, p. 17).

Com a concepção do Estado e a monopolização da justiça, a pena de prisão fora instituída como forma mais humana de se castigar o criminoso, quando comparada aos métodos utilizados em épocas anteriores. Assim, o Estado monopolizou todo o sistema de justiça e o poder de punir por meio do direito e do processo penal, bem como assumiu o lugar da vítima no conflito, momento em que passou a negligenciar os interesses da vítima, seus desejos e anseios.

As vítimas de delitos criminais vem experimentando, ao longo dos tempos, uma situação de abandono por parte do Estado, justamente nos momentos em que mais necessitam. Pois a vivência da ação criminosa, por mais brada que seja, deixa marcas profundas nas pessoas que se tornam vítimas, e na maioria das vezes, passam a desenvolver patologias como stress, ansiedade, e até mesmo quadros depressivos.

Importante destacar que o Estado, ao assumir o lugar da vítima no processo penal, acaba por prejudicar a vítima, uma vez que se apropria do seu conflito e não consegue dar uma solução adequada a ele, pois o infrator, mesmo com a pena, não se recupera, tão pouco considera os interesses da vítima, assim como os danos não são reparados, o que faz da vítima duplamente perdedora, primeiro com a lesão da ação do delito e depois com sua despersonalização do conflito, como demonstra Oliveira:

No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papéis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papéis que desempenham em cada cenário da vida, e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais (OLIVEIRA, 1999, p. 109).

O Poder Judiciário, por meio do direito e da justiça, é o responsável por ditar as normas jurídicas que regulam e limitam as ações dos cidadãos, impondo as sanções a quem desrespeitar a norma cometendo crimes, de tal forma que possa oferecer uma resposta à sociedade e a quem teve um direito violado, reestabelecendo, assim, a ordem social.

Hodiernamente, com toda a transformação jurídica, social e econômica ocorrida ao longo dos anos aliados a complexidade do mundo contemporâneo, a justiça tornou-se ineficaz na forma de resolver os problemas dos cidadãos, por vários motivos como a grande demanda de ações que transcorrem na esfera judicial que acaba tornado o processo moroso relacionado ainda ao baixo número de serventuários da justiça; pela cultura desenvolvida de buscar sempre um terceiro para resolver as questões (no caso o Estado); e também por não contemplar a participação da vítima no processo.

O Estado Democrático de Direitos utiliza o Direito como instrumento de regulação da liberdade, onde controla, restringe ou amplia a liberdade dos cidadãos, conforme as ações de cada um. Assim, argumenta Copetti (2000, p. 87) que o “Direito Penal é um violento instrumento normativo de regulação social”, pelo fato de conter priorizar as penas privativas de liberdade, cerceando o direito de ir e vir dos cidadãos. Nessa perspectiva, defendo o autor a preferência por meios extrapenais de solução de conflitos.

A cultura da Justiça Restaurativa inicialmente foi desenvolvida em países como Canadá, Nova Zelândia e Austrália, vem ganhando espaço em âmbito mundial tanto em nível comunitário como em nível judicial, tornando-se um dos meios interessantes de tratamento aos conflitos de ordem jurídico/penal, por se diferenciar dos meios tradicionais de justiça.

A forma restaurativa de trabalhar o conflito entende o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, diferentemente da forma tradicional, criando, assim, uma obrigação de corrigir os erros, reparar os danos, reestabelecer o vínculo social entre os atores, promover a paz, humanizar o direito, encorajando os envolvidos (vítima, ofensor e comunidade) a construírem juntas e pacificamente, uma solução adequada ao conflito, empoderando a vítima para que participe ativamente do processo e possa alcançar a cura ao trauma causado pela ação delituosa.

3 | JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Há uma dificuldade em se estabelecer uma conceituação sobre a terminologia “Justiça Restaurativa” pelo fato de, pelo menos aqui no Brasil, a legislação não ter recepcionado essa forma de realização de justiça, mantendo as formas jurídicas tradicionais da justiça retributiva.

O que há sim, de um modo geral, são esboços baseados em diversos modelos e posicionamentos em torno do que possa ser Justiça Restaurativa. Howard Zehr compreende que:

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível (ZEHR, 2012, p. 49).

Em uma entrevista recente no Brasil e publicado em um site da internet, o professor belga Ivo Aertsen (estudioso da área), define Justiça restaurativa como:

É sobre certa abordagem, um conjunto de valores e princípios que você usa, que você segue para olhar para o crime, injustiça e insegurança na sociedade e também em como responder à insegurança, injustiça e crime. É uma maneira de olhar para o crime e para responder ao crime. Você é guiado por princípios e valores na sua forma de olhar. Um desses princípios importantes é que você deve colocar o crime em um contexto, você deve olhar para como o crime aconteceu, porque aconteceu e deve tentar envolver outras pessoas em torno do criminoso, para lidar com o crime. Além disso, outro princípio é o de inclusão, onde você deve tentar envolver todas as pessoas com um papel na ofensa, inclusive a vítima, claro. Você deve tentar incluir o criminoso, a vítima, mas também a comunidade. São os três atores importantes na justiça restaurativa (AERTSEN, 2016).

Nesta senda, Jaccoud define esse modelo de justiça focando na participação das partes e nos fins pretendidos pelo processo restaurativo, dizendo que: é “uma aproximação que privilegia toda forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito” (JOCCOUD, 2005, p. 169).

Colet e Martins (2012, p. 44) afirmam que Justiça Restaurativa é um modelo de justiça que instrumentaliza a paz social no tratamento de conflitos, por meio de uma nova filosofia e cultura, “eis que cada um é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes, opondo-se ao etiquetamento social”, rompendo, assim, com a seletividade que o sistema de justiça tradicional produz.

Nesse mesmo sentido, Vasconcelos afirma que o movimento das práticas restaurativas, surgidas nas últimas décadas do século passado, é um resgate de práticas antigas de resolução de conflitos desenvolvidas na Nova Zelândia, Austrália,

e de regiões do Canadá, que inspiraram várias abordagens e procedimentos de caráter interdisciplinar, discorre ainda que:

A justiça restaurativa tem paradigmas e protagonismos voluntários da vítima e do ofensor, da comunidade afetada, com a colaboração de mediadores, a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes e a complementaridade em relação à estrutura oficial, com respeito aos princípios de ordem pública do Estado Democrático de Direito.

[...]

Processos restaurativos seriam aqueles nos quais vítimas, ofensores e quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade, afetados pelo crime, participam juntos e ativamente na resolução das questões provocadas pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador (mediador) – uma terceira pessoa independente e imparcial, cuja tarefa é facilitar a abertura de uma via de comunicação entre as partes (VASCONCELOS, 2012, p. 179-180).

A recente resolução número 225 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, o legislador assim apresenta Justiça Restaurativa:

Constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas, e atividades próprias que visa a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais, motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: [...] (BRASIL, 2016).

Com essas considerações sobre o conceito de Justiça Restaurativa, pode-se compreendê-la como um processo que auxiliará o atual sistema de justiça existente, assim como o processo penal, na medida em que contribui de forma positiva no tratamento dos conflitos, pois prevê uma mudança de paradigmas envolvendo, voluntariamente, vítima, ofensor e comunidade, em um processo participativo e colaborativo, onde, por meio do diálogo, do entendimento mútuo e da comunicação não violenta, procura tratar e transformar os conflitos, e assim reestabelecer a paz social.

Assim, o reconhecimento de ambos e do Estado da necessidade do diálogo entre os envolvidos, torna-se importante do ponto de vista da maneira de se ver e enfrentar o conflito ou o crime, pois o processo restaurativo apresenta-se como uma forma mais justa de realização da justiça, lutando contra as injustiças e contra a estigmatização, onde a reparação consciente dos danos pelo ofensor e o reconhecimento do mal causado à vítima, fazem parte do processo como aspecto de grande importância para a não propagação da violência.

O modelo de Justiça Restaurativa pode ser historicamente compreendido como um processo muito antigo de realização de justiça ou resolução de conflitos, principalmente em casos de reparo dos males e no reconhecimento dos erros nas comunidades antigas, sendo que até hoje são praticadas entre povos indígenas (PRANIS, 2010), onde o objetivo era o restabelecimento dos efeitos negativos

causados pelo delito.

Até a Idade Moderna, muitos conflitos possuíam um caráter interpessoal, e eram resolvidos dentro das comunidades, longe dos Tribunais. Os males cometidos geram obrigações de reparo e ressarcimento, onde muitas vezes mesmo com as disputas de força (lutas) prevalecia a negociação, a restituição e a recompensa em igual medida (ZEHR, 2008, p. 94), onde os conflitos se resolviam por meio do acordo, inclusive em delitos contra a pessoa, e a Justiça se realizava em âmbito comunitário.

Tempos mais tarde, mais precisamente na década de 70 no século XX, países como Canadá apresentava um quadro de descrédito por parte da população na realização da justiça, pelo fato da morosidade dos processos e dos elevados custos de acesso à justiça (ROBALO, 2012, p. 36), onde movimentos de Justiça Restaurativa começaram a surgir com mais evidência.

Já nos Estados Unidos, nesse mesmo período, o programa *victim-offender-mediation - VOM* (mediação vítima-ofensor) surgiu pelo fato de a justiça estadual não permitir interação entre vítima e o processo, servindo a mesma como mera testemunha dos fatos, o que resultava no processo de vitimização secundária (ROBALO, 2012, p. 37).

Zehr (2008, p. 150-151) expõe que em 1977 esse processo adotou a nomenclatura de *Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (VORP)*, que consistia em uma organização independente do sistema judiciário, porém que cooperava com ele. O procedimento adotado pelo programa era de encontros presenciais entre a vítima e o ofensor (quando este admitia ter cometido tal ofensa), mediado por um facilitador, e o que se enfatizava era o fato, os sentimentos e o acordo.

Na Nova Zelândia, a partir de 1989, a Justiça Restaurativa passou a ser o centro de todo o sistema penal para a infância e juventude, sendo “considerada um sinal de esperança e rumo para o futuro” (ZEHR, 2012, p. 14).

A nível internacional, a ONU (Organização das Nações Unidas) por meio do seu Conselho Social e Econômico, instituiu a Resolução 2002 de 2012, adotando os Princípios Básicos para utilização dos Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, servindo como referência a diversos países como meio de regulamentação e implementação da Justiça Restaurativa e suas práticas (PALLAMOLLA, 2009, p 87).

No Brasil, desde 2006 tramita na Câmara dos Deputados Federal o Projeto de Lei nº. 7.006, que propõe alterações no Código Penal facultando o uso de Justiça Restaurativa nos processos criminais. Mesmo com a rejeição do referido projeto em 2009 pela Comissão de Constituição e Justiça, em 2011 foi pedido o desarquivamento do projeto e nomeado um novo relator (TIVERON, 2014, p. 417-418). Atualmente tal projeto encontra-se apensado a PL 8.045/2010 que propõe alterações inclusive no Código de Processo Penal e na lei 9.099/95 (BRASIL, 2010).

Em 2013 no Rio Grande do Sul, foi instituído o Decreto Lei nº 50.431, que dispõe sobre os procedimentos restaurativos decorrentes da apuração de atos que violem os direitos humanos individuais ou coletivos, praticados por servidores públicos

estaduais civis e militares e também contra esses servidores, instituindo também a Câmara Restaurativa Estadual.

E referido Decreto traz como justificativa de sua aprovação, a necessidade de aperfeiçoamento do processo democrático; o reconhecimento de que os mecanismos restaurativos constituem-se em um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas na melhor solução para o conflito e a necessidade de transcender o enfoque punitivista, voltando-se para reconstituição de relações principalmente os cuidados com a vítima, envolvendo todos os participantes nos métodos restaurativos (AL/RS, 2010).

Em 2016, o CNJ emitiu a Resolução nº 225 que dispõe sobre a Política de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, sob os argumentos de que a complexidade com que os conflitos e a violência vêm se apresentando, devem ser levados em conta os aspectos comunitários e sociais de cada pessoa; Além de promover à ampliação do acesso a justiça, que implica na busca de soluções efetivas de conflitos, compreendendo os meios alternativos e consensuais adequados a alcançar a pacificação da disputa.

A Política de Nacional de Justiça Restaurativa Instituída pela Resolução nº 225 do CNJ, também considerou o fato de, normalmente, as relações interpessoais apresentarem uma natureza e uma dinâmica contínua, além de, os conflitos, irradiarem efeitos na comunidade, o que se faz necessário a assunção de responsabilidades por parte dos envolvidos, para uma efetiva mudança na forma de se pensar, compreender e tratar os conflitos, favorecendo a construção de uma cultura de paz e de não violência (CNJ, 2016).

Essa Resolução alicerçou-se também nos preceitos da Lei nº 9.099/1995 – Juizados Especiais Criminais – que permitem a homologação de acordos regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, assim como na Lei nº 12.594/2012 (SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), que no artigo 35 estabelece, aos adolescentes em conflito com a lei, que seja dada prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas.

Assim, os ensaios teóricos acerca da Justiça Restaurativa alinham-se com possibilidades de respostas mais humanas àqueles envolvidos direta e indiretamente com o conflito, proporcionando, principalmente à vítima, o empoderamento para que, por meio do diálogo e da escuta ativa, possam construir um entendimento mútuo, baseado na afirmação de igualdade e de respeito aos direitos humanos, inerente a todas as pessoas independente da ação negativa cometida, assim como a valorização das diferenças.

4 | JUSTIÇA RESTAURATIVA: NOVAS LENTES PARA AS VÍTIMAS DO CRIME

A predisposição dos direitos e dos Direitos Humanos assegurados constitucionalmente aos cidadãos, como forma de resguardo, proteção e respeito à dignidade da pessoa humana, pressupõe uma racionalidade não centrada e emancipatória de proteção dos direitos das pessoas, onde os mesmos, assim como não nasceram todos de uma só vez, também não podem ser compreendidos como um processo acabado.

Piovesan (2008, p. 48) expõe que os direitos humanos “invocam uma plataforma emancipatória voltada à dignidade humana”. Nesse sentido, esclarece ainda que a emancipação não ocorre de uma vez por todas, que ela vai se dando aos poucos e nunca se pode dar por encerrada, como num processo histórico inacabado.

Novos direitos vão surgindo em novos espaços democráticos simbólicos de lutas e ações sociais. Piovesan (2008, p. 48) afirma ainda que a perspectiva dos direitos humanos representa um “construído axiológico”, em que, esses direitos, não devem ser apenas universais, abstratos ou formais, mas sim, sob a dimensão histórica, material ou substancial, deverá ser integrada para que os princípios axiológicos de liberdade, igualdade, dignidade e outros, sejam efetivados.

O atual modelo de justiça criminal apresenta uma forma de ver o crime através de lentes retributivas. Dessa forma, essas lentes oferecem um direcionamento voltado ao ofensor, à apuração da culpa e à imposição da pena, baseado no fato de que a lei foi violada e o Estado passa a ser a vítima da situação. Esse processo tende a negligenciar a vítima, pois não consegue atender suas necessidades nem do ofensor, não propicia a interação e participação da comunidade, o que não conduz a um resultado adequado e ainda “fracassa no intento de responsabilizar o ofensor e coibir o crime” (ZEHR, 2008, p. 168).

A proposta da Justiça Restaurativa, por sua vez, como forma alternativa e/ou complementar à justiça criminal, propõe uma nova forma de ver o crime, por meio de lentes restaurativas, na qual oferece uma nova dinâmica em relação ao enfrentamento e tratamento do conflito. As lentes da restauração se justificam pelo fato de que o crime cria um dilaceramento de relações, onde vítima, ofensor e as comunidades de cada um passam a ter um sentimento de hostilidade entre elas, o que afeta o bem estar de todos inclusive a forma de se relacionar (ZEHR, 2008, p. 171).

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa encara o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, o que gera obrigação de corrigir os erros e reparar os danos. Assim, a justiça pretende, com a participação da vítima, do ofensor e da comunidade, criar um espaço para o diálogo, com a pretensão de que, os afetados com conflito ou o crime, possam construir um entendimento mútuo, onde o ofensor compreenda o mal que causou à vítima e a sociedade, bem como o porquê de sua responsabilização (ZEHR, 2008, p. 170-171).

Em um comparativo entre as duas formas de ver o crime, Zehr assim descreve:

A lente retributiva se encontra basicamente na última, nas dimensões sociais. E o faz tornando a comunidade algo abstrato e impessoal. A justiça retributiva define o Estado como vítima, define o comportamento danoso como violação de regras e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor. Os crimes, portanto, estão em outra categoria, separados dos outros tipos de dano.

A lente restaurativa identifica as pessoas como vítima e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos (ZEHR, 2008, p. 174).

O que se pretende, antes de tudo, é a compreensão do ato lesivo como um dano causado a pessoa, e da importância do reconhecimento deste para a desconstrução do ciclo da violência, assim como a reparação do dano pelo ofensor, o que auxiliará na cura à vítima dos traumas relacionados ao delito.

Nessa perspectiva dos novos direitos, de realização efetiva de justiça e respeito à dignidade da pessoa humana, a Justiça Restaurativa, aplicada com os princípios da mediação e voltada especificamente à justiça criminal, tem a pretensão de apresentar uma resposta mais humana aos conflitos na seara penal, como forma alternativa e complementar de justiça, na qual, por meio do envolvimento entre todos os participantes direta ou indiretamente no conflito, possam construir um entendimento mútuo, visando a pacificação, o reconhecimento entre vítima e ofensor como pessoas que precisam conviver com respeito e dignidade, a consciente responsabilização do ofensor, a não reincidência e minimização da violência.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto verifica-se que a Justiça Restaurativa em muito se diferencia da atual e moderna justiça criminal desenvolvida no país, a qual historicamente está baseada na imposição da culpa e da dor, sendo compreendida pelos que a vivenciam (vítima) como a realização de justiça, sem levar em consideração os aspectos que a torna ineficaz no tratamento do conflito.

O envolvimento entre vítima e ofensor, sob o prisma de um novo paradigma de justiça criminal, com ênfase na participação da vítima no processo, na concepção do encontro, na comunicação não violenta dos participantes, na restauração dos laços rompidos e na construção de um entendimento mútuo, pode oportunizar, por meio do diálogo sincero, o arrependimento e o perdão, fatores esses não obrigatórios para Justiça Restaurativa, mas convenientes e podem auxiliar na recuperação do ofensor e na cura à vítima dos traumas sofridos com a ação delituosa.

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa, como meio de facilitação de acesso a justiça, de mudanças de paradigmas, de inclusão e participação ativa das partes no tratamento pacífico dos conflitos, e de respeito à dignidade dos seres humanos, proporciona à vítima e ao ofensor uma oportunidade para a desconstrução da

violência e da vingança, pois os mecanismos utilizados neste formato de realização participativa de justiça buscam a redução da violência e da criminalidade e de seus reflexos sobre a sociedade, além de buscar a cura à vítima dos traumas sofridos com o crime, momento em que, por meio do encontro, do diálogo, da comunicação não violenta, do arrependimento e do perdão, possa dar um novo sentido à vida, onde se abre mão da insegurança, do ressentimento e da raiva, que ora alimentam o desejo de vingança, para dar espaço ao empoderamento, ao domínio da situação, a tranquilidade, a segurança e a paz social.

REFERÊNCIAS

AERTSEN, Ivo. Quanto mais prisões tivermos em um país, mais inseguro esse país será. In.: **Sul 21**. 2016. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/quanto-mais-prisoos-tivermos-em-um-pais-mais-inseguro-esse-pais-sera/>>. Acesso em: 17 dez 16.

BRASIL, Câmara dos Deputados Federais. **Projetos de Leis e outras Proposições**. Projeto de Lei Nº. 8045 de 2010. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 03 ago 19.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 03 nov16.

COLET, Charlise Paula; MARTINS, Janete Rosa. **O modelo de justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflito**. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: EdiUri, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225**. 2016: Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf> Acesso em: 07 jan 17

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In.: **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. Pp. 163-188.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

PRANIS, Kay. Justiça Restaurativa e Processos Circulares nas Varas da Infância e da Juventude. **Justiça para o Século 21**. 2010. Disponível em: http://justica21.web1119.ghost.net/arquivos/bib_424.pdf> Acesso em: 14 dez 16.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Souza. **Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 50.431 de 27 jun 13. **Diário Oficial do Estado**. Disponível em:

http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/decreto/estadual/dec_rs_2013_50431.pdf>. Acesso em 19 dez 16.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

ZERH, Howard. **Trocando as Lentes – Um novo enfoque sobre o crime e a justiça restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. **Justiça Restaurativa – Teoria e prática**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AS PRESAS GESTANTES

Andressa Dias Aro

Instituição Toledo de Ensino

Bauru - SP

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discutir o atual cenário do sistema carcerário brasileiro em relação às presas gestantes e suas necessidades do dia a dia dentro do sistema. Para tanto, busca identificar quais são os problemas enfrentados pelo sistema prisional, identificando os fenômenos que deram origem a essas precariedades. No mais, a pesquisa conta com renomados doutrinadores nacionais e estrangeiros, além de legislação específica sobre o tema e outras de ordem constitucional que servem para embasar juridicamente o estudo. Com base nessas diretrizes, além de análises jurisprudenciais, pretende traçar elementos fundamentais e históricos sobre o recorte realizado para demonstrar a realidade sombria dos presídios.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade. Cidadania. Gestante. Sistema Prisional.

BRAZILIAN CARCERARY SYSTEM IN FRONT OF THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL AFFAIRS IN RELATION TO PREGNANT PRISONER

ABSTRACT: The present study aims to discuss the current scenario of the brazilian prison

system with regard to pregnant inmates and their daily needs within the system. To do so, it seeks to identify the problems faced by the prison system by identifying the phenomena that gave rise to these precarious situations. Furthermore, the research has renowned national and foreign scholars, as well as specific legislation on the subject and others of a constitutional order that serve to support the study legally. Based on these guidelines, in addition to jurisprudential analysis, it intends to trace fundamental and historical elements about the cut made to demonstrate the gloomy reality of prisons.

KEYWORDS: Dignity. Citizenship. Pregnant. Prison System.

1 | INTRODUÇÃO

Numa perspectiva crítica a respeito do sistema carcerário brasileiro, o presente artigo proporciona uma reflexão sobre esse cenário assustador.

Iniciamos o estudo abordando e situando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana e da cidadania, como princípios fundamentadores do nosso atual Estado Democrático de Direito.

Direcionamo-nos para os direitos sociais, trazendo para o foco temático os direitos sociais das reclusas gestantes no âmbito

constitucional e nas demais leis infraconstitucionais.

Dando seguimento, trouxemos a possibilidade recente da prisão domiciliar para a presa gestante ou com filho menor de doze anos incompletos.

Ainda, trará uma das principais e atuais contribuições para o cenário carcerário feminino, as Regras de Bangkok aprovada por meio da Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010.

No capítulo cinco, uma a sapiência a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional, pioneiro na Corte Constitucional Colombiana, para o atual sistema carcerário brasileiro, na declaração da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Essa ação será analisada com trechos oficiais dos votos dos Excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e que trouxe inquietação e motivação para o estudo do fenômeno.

Buscou apontar os problemas que o sistema carcerário brasileiro enfrenta, com o recorte necessário as presas gestantes que se encontram sobre a custódia do Estado, nesse lastimável sistema prisional.

Esclarecerá a vivência dessas mulheres e como o Estado vem se posicionando frente a esse quadro problemático e atual, que mães e filhos enfrentam diariamente.

Com regras e normas constitucionais apresentamos se esta legislação vem sendo cumprida no sistema prisional brasileiro, das gestantes no cárcere e se seus direitos fundamentais da dignidade e cidadania estão sendo preservados de fato.

2 | DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Indiscutível que temos no mundo jurídico diversos direitos e princípios que são essenciais, todavia, se não o mais, o princípio da dignidade da pessoa humana é primordial para a interpretação da vida em sociedade, nas suas várias facetas.

Difícil nos remeter a dignidade sem citar Immanuel Kant considerado o pai da filosofia crítica, sendo que suas considerações são usadas até hoje.

A grande questão filosófica é entender o ser humano como um fim em si mesmo e não como um meio, um objeto, daí formulando sua teoria de que tudo possui um preço ou uma dignidade.

Immanuel Kant (2004, p. 65), diante de seus estudos, afirma:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Quanto ao seu conceito, boa parte da doutrina não o trás, uma vez que a dignidade está muito além de apenas um conceito. Nesse sentido Luís Roberto Barroso (2013, p. 63) pontua: “De tudo aquilo que já foi dito, fica claro que a dignidade humana é

um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no Direito”.

Temos que a dignidade é algo essencial ao ser humano, por isso tão intimamente ligada com o direito à vida, também estampado na Constituição Federal e que este não deve ter um valor de mercado, mas sim dignidade.

Luis María Desimoni (1999, p. 53) explica:

[...] arriesgamos a intentar una definición de tan trascendental instituto, podríamos decir que el derecho inherente al ser humano es un derecho innato e inmutable del ser humano; que lo tiene por su condición de tal, y que encuentran sus límites en los derechos a la dignidade de los otros seres humanos.

A dignidade é intrínseca ao ser humano, mas em acontecimentos históricos foi brutalmente ferida. A título de exemplo, o Holocausto, Pós-Segunda Guerra Mundial, foi marcado pelo assassinato em massa de mais de seis milhões de judeus, sendo considerado o grande marco atentatório e de desrespeito para com a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 1.023):

A segunda grande guerra, que ensanguentou a Europa entre 1939 a 1945, ficou marcada na consciência coletiva mundial por apresentar o ser humano como algo simplesmente descartável e destruído de dignidade e direitos.

O ônus deixado pelo Holocausto foi a carência que os direitos humanos estavam sofrendo. Os campos de concentrações nazistas são a negação do tratamento digno aos presos, fatos que foram apurados no Tribunal de Nuremberg. Também houve violações na Ásia, com prisioneiros aliados sofrendo toda a sorte de tratamento cruel, degradante e desumano.

Aprópria historicidade deu base para o seu desenvolvimento, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, Idade Moderna a Contemporânea, moldando a ideia de que conhecemos hoje como dignidade humana.

3 | CIDADANIA

Ser cidadão é fazer parte da sociedade e ter seus direitos civis preservados. É não ter distinção racial, de gênero, religiosa ou identidade cultural. É ter direito ao voto, direitos políticos, é ter direito à vida.

José Leite da Silva Neto (2016, p. 21) expõe o conceito de cidadania:

A cidadania é, portanto, o *status* de reconhecimento de membro participante da comunidade jurídica e política a todos os interessados pelo bem comum e pela regulação da relação solidária com os demais cidadãos e pela gestão da relação subsidiária pela qual o cidadão se relaciona com os órgãos de poder do Estado.

A corrida histórica a respeito da cidadania, abrangeu desde os Hebreus, Grécia, Roma, além do cristianismo e também a época do Renascimento. Se transformou ao longo do tempo, em diversos povos e culturas, resultante de uma luta constante e processos históricos.

Três acontecimentos históricos foram marcantes no tocante ao tema cidadania: Revolução Inglesa, Revolução Americana e a Revolução Francesa.

Também chamada como a “Era das Revoluções”, esse período que se inicia ao final do século XVI até aproximadamente início do século XIX, agitou países da Europa e Estados Unidos.

A Revolução Inglesa se iniciou no ano de 1640 tendo se estendido até meados de 1688 aproximadamente, originando o primeiro país capitalista do mundo.

Foi necessária uma revolução para deixar o antigo quadro econômico atrasado para trás, e trazer à tona um novo quadro que atendesse melhor as necessidades da sociedade.

Quanto a Revolução Americana, em outras palavras, a Independência dos Estados Unidos da América, trouxe novos moldes para o que se era entendido de cidadania e até mesmo de liberdade.

Assim em 1689, o parlamento inglês promulgou o *Bill of Rights* (Declaração dos Direitos); e em 1694 o *Civil Rights Act* (Lei dos Direitos Cívicos), inserindo o direito ao voto e o sufrágio universal que foram satisfatórios.

Já a Revolução Francesa, marcou o século XVIII, ocorreu no ano de 1789 e é tida como inauguradora dos direitos civis. Liberdade, igualdade e fraternidade, o grito *Liberté, égalité et fraternité*, em francês, marcam essa revolução como explica Pietro Costa (2006, p. 72):

Libertad, igualdad e fraternidad: tales son las palabras que dirigen en Francia la deslumbrante Revolución de 1789. Una Revolución que, si bien comulga algunos valores de fondo con las vicissitudes americanas, se desarrolla en un contexto profundamente diferente porque la construcción de un nuevo orden en Francia exige saldar cuentas con las rígidas estratificaciones sociales y tradiciones culturales de un pasado multiseccular.

Muita coisa mudou, a escravidão foi abolida, o direito ao voto foi inserido; liberdade, igualdade e fraternidade fizeram toda a diferença na vida dos cidadãos.

O que diferenciou essa revolução das demais, foi a promulgação, no dia 26 de agosto de 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, auferindo caráter universal, transformando o homem comum em um verdadeiro cidadão.

4 | PROTEÇÃO A MATERNIDADE E OS DIREITOS SOCIAIS DA PRESA GESTANTE

A proteção à maternidade pode ser encontrada na Seção III – *Da Previdência Social*, a previdência tomou seus devidos cuidados destinando um inciso apenas

para garantir a proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Nesse caso, encontramos a proteção à maternidade e o amparo às crianças como um dos objetivos da assistência social nas mais variadas modalidades, como licença-maternidade, assistência médica, estabilidade provisória, entre outras.

Além da Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. L, outro código que também se preocupou com a questão dos direitos sociais da presa gestante foi o Estatuto da Criança e do Adolescente. O contato do nascituro com sua genitora reclusa deve ocorrer de forma diferenciada aos olhos do ECA.

O art. 8º do referido estatuto, se preocupa com o cuidado da mãe, desde o pré-natal; serviços de saúde em geral, inclusive grupos de apoio e assistência psicológica à mãe. Já o art. 9º, que o estabelecimento prisional deve ter equipamentos e condições necessárias para atender as necessidades da gestante.

Portanto, o Poder Público deve ser responsável por assegurar e garantir tais direitos previstos em lei, para que não prejudique o crescimento saudável do menor.

Se tratando a respeito dos direitos sociais da gestante, é possível encontrar algumas regras pelo texto da Lei de Execução Penal como veremos a seguir.

4.1 Direitos Sociais da Presa Gestante na Lei de Execução Penal

A Lei de Execução Penal – nº 7.210/84, resguarda alguns direitos no tocante àquele indivíduo que está sob custódia do Estado. Nesse caso em questão, nos atentaremos aos direitos aplicados à mulher encarcerada na condição de gestante.

O art. 83, § 2º da LEP, deixa claro que o estabelecimento necessita de uma estrutura especializada para atender a gestante, garantindo o direito de amamentar o nascituro até os seis meses de idade.

O texto de lei se preocupa, com a estrutura necessária para a gestante, adotando a ideia de uma seção específica para a gestante e a parturiente, bem como de creche que será destinada para as crianças entre seis meses e sete anos.

Uma situação que vem chamando atenção é a possibilidade da prisão domiciliar, a mãe gestante, no período de amamentação, ou com filho menor de doze anos de idade, nos termos da LEP, art. 318/CPP e Regras de Bangkok (nº 64).

Esse vem sendo o entendimento dos tribunais, como na decisão proferida em Habeas Corpus nº 134.734/SP pelo ministro Celso de Mello do STF em junho de 2016, e que reconheceu as Regras de Bangkok como meio de desencarceramento.

Norma prevista também no Marco Legal da Primeira Infância, lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância.

Por fim, cabe ressaltar que caso o estabelecimento prisional não atenda as necessidades da presa gestante, estando ele inadequado à sua condição especial, fica então configurado constrangimento ilegal, de acordo com art. 66, inc. VI da LEP.

4.2 Regras De Bangkok

Aprovada no ano de 2010, na Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução nº 2010/16, as Regras de Bangkok foram publicadas e traduzidas para o português no primeiro semestre de 2016.

As Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, têm como intuito dar amparo às mães no cárcere.

Serviços de saúde, disponibilidade de produtos íntimos de higiene, acomodações, absorventes e suprimento regular de água, são exemplos previstos.

Prevê ainda que, as sanções aplicadas dentro do presídio, não podem incluir a proibição de contato com a família e em especial com a criança. A visita da criança deve ser prolongada e realizada em ambiente propício, impedindo que funcionários barrem o contato direto da interna com seu filho.

Nesse conjunto de direitos, Nana Queiroz salienta a importância das Regras de Bangkok, em uma entrevista concedida ao Conselho Nacional de Justiça:

As Regras de Bangkok abordam muito bem a questão da maternidade de forma humana, para garantir que a criança tenha contato com a mãe não só porque é bom para a ressocialização da mãe, mas porque é bom para a psiquê da criança e para o desenvolvimento dela. É por desconsiderar as especificidades de gênero que o Brasil comete as maiores violações de direitos humanos no sistema carcerário feminino do Brasil.

Por conseguinte, as Regras de Bangkok tornaram-se um passo importantíssimo para a concretização dos direitos da mulher no cárcere.

Foi tamanha a proporção que os tribunais estão reconhecendo tais regras como marco, e as utilizando para embasar muitas decisões como no *Habeas Corpus* nº 134.734/SP e, recentemente no *Habeas Corpus* nº 141.874/SP.

5 | ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL RELATIVO AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Na década de 90, restando configurado violações de direitos fundamentais no sistema carcerário da Colômbia, com a finalidade de produzir mecanismos para o resguardo desses direitos, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional.

A omissão do Poder Público é o principal responsável pelo acontecimento desse quadro lamentável que hoje também podemos vislumbrar no Brasil.

Carlos Alexandre de A, Campos (2016, p. 99) afirma: “Com raiz nos *structural remedies* dos Estados Unidos, o ECI foi declarado, pela Corte Constitucional Colombiana”.

A Colômbia declarou o Estado de Coisas Inconstitucional na SU-559, em novembro de 1997, quando professores tiveram direitos previdenciários violados.

Mais tarde, na sentença T-153, em abril de 1998, referente ao sistema carcerário, determinando que fossem criadas políticas públicas direcionadas a esse setor.

A inefetividade da lei, gera falta de credibilidade por parte dos cidadãos, haja vista que seus direitos não estão sendo protegidos. Carlos Alexandre de A. Campos (2016, p.98) demonstra esse entendimento ao explicar que o Estado de Coisas Inconstitucional é justamente a distância da legislação para sua real efetivação:

O reconhecimento do ECI, do ponto de vista empírico, prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social.

Lamentavelmente o Brasil vive esse momento, onde o ECI teve sua vez na ADPF nº 347, julgada pelo STF. Proposta pelo partido político - PSOL, a ação escolhida foi Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental porque não há ausência de legislação, mas sim a omissão do Poder Público em sua efetivação.

Na demanda, pleitearam por melhoras no sistema carcerário, disponibilização de novas vagas, reformas nos estabelecimentos e serviços de qualidade. Um dos maiores problemas apontados pelo partido seria o volume da população carcerária.

Vejamos trecho do relatório do acórdão da ADPF nº 347 (2015-a, p. 03-04):

Assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. O Poder Legislativo estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. [...]

A ADPF ressalta a falta de profissionalismo para com a mulher encarcerada, principalmente aquela que se encontra em estado puerperal, os presídios estão em desacordo com a lei, ficando tanto a mãe como a criança desamparadas.

Vejamos trecho da ADPF nº 347 (BRASIL, 2015-a, p. 06):

Ressalta o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, não havendo berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Afirma a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas – não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém nascido –, bem como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene.

A liminar foi parcialmente deferida em setembro de 2015, determinando que juízes e tribunais expressem a razão da não aplicação de medida cautelar diversa da prisão; que realizem em até 90 dias audiência de custódia, viabilizando o comparecimento do

preso em até 24 horas do momento da prisão; e por fim, que a União libere o Fundo Penitenciário Nacional para que atinja seu real objetivo.

Tendo melhor esclarecido o que é o Estado de Coisas Inconstitucional e como surgiu no Brasil, podemos, com mais conforto, estudar o lastimável sistema carcerário brasileiro que deu origem a então estudada ADPF nº 347.

5.1 O Lastimável Sistema Carcerário Brasileiro

Várias são as problemáticas que o sistema carcerário brasileiro enfrenta, vasta é a doutrina a respeito, bem como ampla são as discussões sobre o tema.

Carlos Alexandre de A. Campos (2016, p.266) diz: “Os presídios e delegacias não oferecem, condições salubres mínimas, segundo relatório de inspeção do CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à vida humana”.

Segundo a Ministra Rosa Weber que se manifestou na ADPF nº 347, existem no Brasil cerca de 1.424 unidades prisionais e um dos assuntos mais colocados em pauta é a superlotação dos presídios brasileiros. Em 17 de julho de 2019, segundo banco de monitoramento de prisões, do CNJ, o Brasil tinha uma população carcerária de 812.564 presos.

A situação do sistema carcerário não é consequência apenas do Poder Público, mas também da morosidade do judiciário, já que muitos reclusos provisórios aguardam julgamento sob custódia do Estado.

O Ministro Luis Roberto Barroso do STF em trecho do Recurso Extraordinário nº 580.252, do TJ/MS, quando do seu voto-vista relata:

Em várias unidades, praticamente não há fornecimento de material de higiene básica, como escova de dente, sabonete, toalha e papel higiênico. Diversas mulheres sequer recebem absorventes íntimos, de modo que são forçadas a utilizar miolos de pão para conter o fluxo menstrual [...]. (BRASIL, 2014).

A situação se agrava quando falamos em mães encarceradas e sua vivência dentro de um sistema penitenciário degradante e cheio de falhas estruturais.

Será exatamente esse ponto que iremos tratar mais detalhadamente no próximo tópico com a intenção de mostrar as dificuldades que uma presa gestante sofre dentro do sistema carcerário nos mais variados estados do Brasil.

5.2 Mulheres Encarceradas

De forma geral, a população carcerária feminina brasileira é bruscamente menor em relação à masculina. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, existem no Brasil cerca de 103 unidades prisionais exclusivamente femininas.

Dados apontam que o Brasil possui a quarta maior população carcerária feminina do mundo, com 42.355 mulheres reclusas, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia (INFOPEN, 2017).

O que nos preocupa é a situação em que essas mulheres vivem, os relatos não

são favoráveis, sendo contrários à dignidade da pessoa humana, tendo seus direitos sociais violados e praticamente excluídas da sociedade como cidadãs.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 266) informa a situação da Cadeia Pública Feminina de Colina no Estado do Rio de Janeiro: “A clínica da UERJ Direitos relata que, na Cadeia Pública Feminina de Colina, em São Paulo, mulheres utilizaram miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual”.

O coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Medidas Socioeducativas do CNJ, juiz auxiliar da Presidência, Luís Geraldo Lanfredi, em entrevista avalia:

Os estabelecimentos penais, as estruturas internas desses espaços e as normas de convivência no cárcere quase nunca estão adaptadas às necessidades da mulher, já que são sempre desenhadas sob a perspectiva do público masculino. O atendimento médico, por exemplo, não é específico. Se já faltam médicos, o que dirá de ginecologistas.

As detentas demonstram em depoimentos o descaso dos profissionais, informam que são despreparados, e que muitas vezes receitam medicamentos ineficientes resultando até mesmo na morte de algumas delas.

Julita Lemgruber (1983, p. 37) ao entrevistar algumas internas:

— ‘O serviço médico aqui é uma vergonha. [...] perdi minha filha por incapacidade do ginecologista. Quando chegou a época eu disse que não tinha dilatação e ele mandou eu voltar em um mês dizendo que não ‘tava’ na hora. [...] tiveram que me operar pra tirar a criança que tinha morrido porque passou do tempo. Quando me levaram para o hospital eu pensei que ia morrer de tanta hemorragia que eu tive’.

— ‘O Serviço Médico aqui é terrível. Eu quase morri. Tive um problema de resto de placenta e o médico dizia que não era nada. Quando eu ‘tava’ ruim mesmo, me levaram para baixo e me operaram. O médico aqui já receitou até Pepsamar pra problema de vista’

No mesmo sentido Susane Amaral Vieira (2016) descreve a situação de um presídio feminino em Florianópolis:

Uma mulher grávida relatou que estava há dias sem tomar a medicação para epilepsia. Disseram que os funcionários do presídio só chamam o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU quando há risco de morte. Também relataram violência de agentes penitenciários, violência policial e tortura.

A omissão do Poder Público frente às necessidades aparentes é crucial para a manutenção desse quadro, onde mulheres são duplamente penalizadas pelo sistema ineficiente. Em continuidade a esse fato triste e desastroso, o próximo capítulo tratará da situação mães no cárcere.

6 I MÃES NO CÁRCERE: SOB A LÁSTIMÁVEL CÚSTÓDIA DO ESTADO QUANTO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO

A condição natural da mulher previamente exige atendimento diferenciado, todavia, a teoria se torna bem distante da realidade, motivo pelo qual trataremos nesse ponto do estudo, como vivem as presas gestantes no atual sistema carcerário.

As mulheres são alvos de discriminação por toda a parte, fato inclusive discutido pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, vejamos:

A omissão de gênero nas normas penais e na sua execução consolidou uma situação de desvalorização da mulher dentro do contexto penitenciário, que, de um modo geral, foi revisto apenas para homens. (BRASIL, 2009, p. 289).

Rosalice Lopes (2016, p. 03) relata como são consideradas pelo público em geral: “No imaginário institucional, essas mães são vistas, e tratadas, como ‘naturalmente’ más, desatentas, descuidadas e incapazes de amarem seus filhos”.

A lei de execução penal assegura que os estabelecimentos prisionais sejam equipados com creches, para que as crianças não pareçam estar dentro da prisão.

Essa questão é de extrema importância, para não afetar o estado emocional do menor que ainda está em formação, bem como saber lidar com a situação da mãe, que se encontra encarcerada.

Porém, segundo a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, não é sempre que iremos encontrar berçários e creches nas prisões femininas:

Nas diligências do CPI, pudemos visualizar uma triste realidade, que não poderia sequer ser imaginada. As crianças nascem dentro do cárcere e ali permanecem sem assistência, permanecendo à mercê dos diretores e dos regulamentos locais (BRASIL, 2009, p. 283).

Muitos atos dentro do sistema penitenciário feminino afetam diretamente a dignidade da pessoa humana da presa gestante que, por pouco, deixa de ser considerada cidadã nesse cenário.

Em continuidade, Daniela Canazaro de Mello (2016, p. 175) relata: “Mencionam a demora em serem levadas ao hospital, o uso de algemas durante o tempo de internação e o tratamento recebido. Tais ocorrências fazem algumas das reclusas sentirem-se constrangidas e desamparadas”.

Em abril de 2017, o Presidente Michel Temer sancionou a Lei nº 13.434, acrescentando o parágrafo único ao art. 292 do CPP. O parágrafo único citado, garante que o uso de algemas é terminantemente proibido, durante os atos preparatórios e durante o trabalho de parto, bem como durante o período de puerpério imediato.

Essa lei foi discutida, porque mesmo com a edição da súmula vinculante n. 11/08 do STF, sobre o uso de algemas, esta não estava sendo cumprida.

Outra situação que nos assusta é o destino das crianças que, ficam praticamente

“encarceradas” com suas genitoras, ou são destinadas à adoção.

Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias/Mulheres – INFOPEN/jun 2016, registrou que apenas 16% dos estabelecimentos possuem cela adequada para gestantes; 14% possuem berçário; 3% creche. Dados esses absurdamente inaceitáveis, mas, ainda que o Estado corra risco de sofrer mandado de segurança, este parece não se importar com a situação.

Não é por menos que uma mãe se veja desesperada numa situação como essa. Gerivaldo Neiva (2017), conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relata o drama causado ao visitar uma penitenciária feminina:

No presídio que inspecionei, havia uma espécie de maternidade misturada com creche. As grávidas, ajudam as paridas com seus bebês. As paridas, ajudavam as grávidas antes da parição. Das paridas, com bebês de 0 a 6 meses, ouvi relatos que me destruíram completamente. [...] não tiveram um pré-natal satisfatório; sentiram as dores do parto na cela e retornaram para o presídio com o bebê em panos doados. Agora, aos seis meses, sem parentes lá fora, a assistente social vai vir buscar seu bebê para ser entregue à doação em casa de acolhimento.

Os relatos a respeito não são em nada satisfatórios, a situação é realmente alarmante e o cenário tem se alterado minimamente. Circunstâncias essas, que afetam diretamente na personalidade do menor, podendo torná-los agressivos, depressivos, ou desenvolver algum tipo de retardamento.

A realidade é bem dramática e mesmo que os presídios possuam respectiva estrutura, a criança acaba encarcerada e penalizada sem justa causa junto a sua mãe, por condição da mesma. Barbara Musumeci Soares e Lara Ilgenfritz (2002, p. 26) sobre o Instituto Penal Talavera Bruce instalado no estado do Rio de Janeiro:

O momento de maior emoção de todo esse período foi a visita à creche, muito embora tenha sido uma experiência chocante: as crianças possuíam olhares tristes, fisionomias desbotadas, sorrisos tímidos e atitudes um tanto selvagens de quem não está acostumada a ver gente estranha.

Razão pelo qual hoje se faz possível a prisão domiciliar do art.318 do CPP, o mesmo também se estende ao pai, quando este for o único responsável pelo menor.

De acordo com Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (2017, p. 645-646), a possibilidade dessa prisão não está vinculada apenas a preencher os requisitos, mas cabe analisar se essa prisão não trará perigo à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou que implique risco à aplicação da lei penal.

Outro dado importantíssimo revela que uma pequena parcela das presas em estado de puerpério, tiveram o devido acesso ao pré-natal. Flávia Villela (2017), repórter da Agência Brasil assevera:

O acesso à assistência pré-natal foi inadequado para 36% das mães. [...]15% afirmaram ter sofrido algum tipo de violência, seja verbal, psicológica ou física. [...] 32% das grávidas presas não fizeram teste de sífilis e 4,6% das crianças nasceram com a forma congênita da doença.

As presas gestantes estão passando por situações onde não encontram sua dignidade que lhe são inerentes. A cidadania para elas não faz mais sentido algum.

O Estado precisa tomar uma posição, sua omissão já resultou consequências irreparáveis para diversas mulheres e crianças. A jurisprudência não precisa ser alterada ou acrescentada, precisa ser efetivada!

7 | CONCLUSÕES

Todo o percurso do estudo, objetivos da pesquisa e metodologia que foram adotados foram essenciais para que se permitisse discutir a situação atual do sistema carcerário brasileiro.

Que os direitos humanos, fundamentais e sociais das presas são um dever do Estado, que vem se omitindo em cumpri-los nos sistemas carcerários do país.

Há latente um Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido no Brasil, demonstrando todo esse despreparo, descuido e pouco caso das autoridades. Esse instituto permitiu ao magistrado impor às autoridades competentes, melhorias no sistema carcerário através de medidas urgentes e necessárias.

No mais, o estudo se baseou no método interpretativo com critérios numéricos e pesquisas realizadas tanto pelo Conselho Nacional de Justiça; pelo Levantamento de Informações Penitenciárias; bem como pelo Departamento Penitenciário Nacional.

A análise da natureza jurídica e a demonstração da importância dos direitos das presas gestantes, e a existência de violações no sistema carcerário brasileiro desses direitos constituem a contribuição à ciência jurídica que nos debruçamos.

O sistema carcerário brasileiro vive, infelizmente, um arcabouço de irregularidades, pela inaplicabilidade e ineficácia das leis, portanto julgamos que não é necessário criar leis para regularizar a situação, mas aplica-las de forma eficaz.

Embora se tem caminhado para uma melhora, esperamos que o Estado e seus representantes possam direcionar os olhares a cenário com mais afinco.

A situação que as presas gestantes vivenciam é realmente assustadora para uma sociedade que tem entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade humana como premissas.

Do ponto de vista produtivo a pesquisa foi emocionante e esclarecedora em diversos pontos obscuros, realidade assombrosa vivida dentro dos presídios por homens e mulheres e que parte da sociedade não tem sequer noção do que ocorre dentro desses estabelecimentos e/ou rotulam essas pessoas como indignas.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, que levantou dados da situação, através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, foi essencial para trazer à tona o cenário lastimável do cárcere no país.

A decisão favorável da ação nos traz esperanças de que dias melhores virão e que a situação será amenizada, mas, enquanto isso, mulheres e crianças vivem o

piores pesadelo já vivido em suas vidas!!

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**. 2016-b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estados de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

COSTA, Pietro. **Ciudadanía**. Tradução de Clara Álvarez Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2006.

DESIMONI, Luis María. **El Derecho a la Dignidad Humana: orígenes y evolución**. Buenos Aires: Depalma, 1999.

ESPINOSA, Manoel José Cepeda; GIL, Rodrigo Escobar; TRIVINO, Jaime Cordoba. AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA – Condiciones para que las Asociaciones de Desplazados Interpongan la Acción. In: **Corte Constitucional República Colômbia**. 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Masumeci. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma Mesma História: o amor materno atrás das grades**. 2016. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/R/Rosalice_Lopes_26.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A Maternidade no Meio Prisional: vivências de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 03 ago. 2019.

NEIVA, Gerivaldo. Carta Capital. **Presídios Femininos: um mal absolutamente desnecessário**. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/08/presidios-femininos-um-mal->

absolutamente-desnecessario/>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SILVA NETO, José Leite da. **Horizontalidade e Verticalidade da Cidadania**. Bauru: Spessotto, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

VIEIRA, Susane Amaral. **Blogueiras Feministas: mulheres triplamente penalizadas – perspectivas de inclusão social para egressas do presídio feminino de Florianópolis**. 2016. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2016/09/mulheres-triplamente-penalizadas/>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

VILLELA, Flávia. EBC Agência Brasil. **Grávidas são Privadas de Direitos em Presídios, Diz Estudo da Fiocruz**. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-06/gravidas-sao-privadas-de-direitos-em-presidios-segundo-estudo-da>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

_____. **Voto-Vista Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150506-13.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Maria Elizângela Da Silva Lima
Reginaldo César Lima Álvares
Isabella Pinto Figueiredo

Inconstitucional; Sistema Carcerário; Direitos Fundamentais; Separação de Poderes;

RESUMO: Este artigo visa analisar o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvido pela primeira vez na Corte Constitucional Colombiana e declarado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, no julgamento cautelar, da ADPF n.º 347/DF, proposto pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL, afirmando que há no sistema carcerário brasileiro inúmeras violações aos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal, e o papel do Supremo no controle de constitucionalidade como mecanismo de proteção, diante da omissão dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, da União, Estados e Distrito Federal, analisando a harmonização que deve ocorrer no novo modelo da separação de poderes diante da sociedade atual e da omissão do Estado em garantir os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas

1 | INTRODUÇÃO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi desenvolvido na Corte Constitucional Colombiana (CCC), e utilizado como meio para combater casos extremos e generalizados de violação aos direitos fundamentais diante da inércia do Estado. No Brasil, o ECI foi reconhecido¹ pelo Supremo Tribunal Federal (STF) , pela maioria dos ministros², com a ADPF 347, em relação ao sistema carcerário brasileiro, devido aos diversos problemas enfrentados como a violação de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais e de omissões dos poderes do Estado em diversas esferas da Federação.

O presente artigo versa sobre a intervenção judicial ao reconhecer em fase cautelar o ECI no sistema carcerário brasileiro, podendo ser caracterizado como ativismo judicial estrutural,

1 Em fase cautelar, na apreciação dos pedidos de medida cautelar da ADPF n.º 347/DF, os ministros do STF em sua maioria reconheceram expressamente estar configurado um ECI no sistema penitenciário brasileiro, tal decisão pode ser considerada como marco que iniciou a utilização da declaração do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

2 Na votação estavam presente 10 (dez) Ministros, e a maioria absoluta, de 8 (oito) Ministros reconheceram que está presente no sistema carcerário brasileiro o ECI, assim como deferiram alguns pedidos da cautelar. O quórum de votação obedeceu ao disposto na Lei nº 9882/99 que regulamenta a ADPF e traz em seu art. 5º o quórum de votação de medida liminar, qual seja: art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

objetivando superar omissões estatais e coordenar a implementação de políticas públicas que não estão sendo efetivadas, analisando a declaração do ECI diante do princípio da separação dos poderes.

Inicialmente será abordado a supremacia da Constituição Federal de 1988, sua importância, assim como seus mecanismos e as espécies de ações diretas utilizadas no controle de constitucionalidade, ADI, ADC, ADO, ADInt e ADPF, com um enfoque maior em se tratando da ADPF, pois foi através da ADPF 347 que o ECI foi reconhecido no Brasil. Em seguida, faz-se necessário uma breve discussão acerca do papel do Estado na garantia dos direitos fundamentais dos presos, que estão sendo violados no sistema carcerário, diante da realidade do sistema prisional brasileiro.

Estando presentes os pressupostos da declaração do ECI, deve-se levar em consideração que estão ausentes os poderes do Estado e as medidas administrativas e orçamentárias de forma eficiente, o que acarreta na grave violação em massa dos direitos fundamentais.

O problema a ser enfrentado, é se diante desse cenário, em casos excepcionais, como o STF deveria atuar para proteger os direitos consagrados na Constituição, levando em consideração o princípio da separação dos poderes.

O objetivo do presente artigo é analisar se a declaração do ECI no sistema carcerário viola o princípio da separação dos poderes, identificar a omissão dos poderes do Estado na proteção e efetividade dos direitos fundamentais em se tratando do sistema carcerário brasileiro, e verificar, de acordo com a Constituição Federal de 1988, as inovações para que se alcance um desenvolvimento satisfatório para a garantia desses direitos fundamentais, levando em consideração um novo modelo de princípio da separação de poderes.

Será utilizado no trabalho a pesquisa bibliográfica a partir de análises jurisprudenciais, leitura e interpretação de livros, artigos e periódicos, dentre outras fontes que abordam sobre o surgimento da declaração do Estado de Coisas na Corte Constitucional Colombiana e o caso da declaração do ECI ocorrido no Brasil no sistema carcerário, em razão de reiteradas violações de direitos fundamentais no sistema prisional, e o princípio da separação dos poderes diante da declaração.

2 | SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O Estado deve cumprir o que traz o texto constitucional, de maneira a adotar um comportamento para que seja realizado e respeitado o que traz seus princípios e a própria Lei Fundamental, tornando assim efetiva a sua aplicabilidade, haja vista a Constituição ter sido elaborada para ser efetivada integralmente, devendo sempre ser respeitada de modo que nenhuma ação ou omissão do Poder Público viole o texto constitucional, em face do princípio da supremacia da Constituição.

2.1 A importância da Constituição

A Constituição Federal de 1988, também denominada Lei Maior, além de ter grandes marcos históricos, desde o fato de contar com a participação do povo em sua elaboração, foi a que garantiu o Estado democrático de direito, abrangendo os direitos e garantias fundamentais. É a denominada Constituição cidadã, voltada para ações do Estado e de políticas públicas para que seja construído um Estado social, a fim de que se tenha acesso a uma vida digna, com liberdades e implementação de direitos e garantias fundamentais assegurado a todos³.

Dentre os preceitos constitucionais, podemos ressaltar que eles se propõem a garantir que o exercício do poder do Estado seja previsível para todos, visando impedir que ocorra abusos ou que haja posição privilegiada de algumas pessoas em detrimento de outras.

A Lei Maior é o instrumento usado para que seja organizada uma sociedade, é fundamental sua utilização para restringir atos e exigir dos poderes do Estado as prestações devidas na garantia efetiva de direitos, assim toda a sociedade e os órgãos do Estado devem agir de acordo com a Constituição, pois é nela que se encontra a própria estruturação de um Estado e suas normas fundamentais.

A Constituição é considerada o fundamento para todas as normas do ordenamento jurídico, é a partir dela que a validade das normas será encontrada no sistema jurídico, ou seja, é através da Constituição que são reguladas a produção das normas jurídicas gerais, e tais normas deverão atender aos princípios que a compõe, dessa forma, podemos dizer que a validade de uma norma é alcançada quando esta for elaborada em observância a norma hierarquicamente superior, ou seja, a Constituição (KELSEN, 1998).

Em se tratando da Constituição e da estrutura escalonada da ordem jurídica, para uma norma ser considerada válida esta deverá buscar seu fundamento de validade em norma superior, conforme Kelsen (1998, p. 155) introduz:

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Diante disso, a estrutura escalonada acima mencionada tem seu parâmetro na Constituição, e as normas que a divergirem não estão adequadas ao ordenamento

³ A intenção do constituinte pode ser observada no preâmbulo da CRFB/88, quando em seu texto expressa o que pretende o Estado Social, ou seja, o Estado democrático de direito, e mesmo não possuindo força normativa de parâmetro de controle de constitucionalidade, observa os valores sociais, políticos e a interpretação dos princípios destinados ao texto constitucional.

jurídico, podendo assim ser declarada sua inconstitucionalidade. O surgimento de qualquer contradição que vá de encontro ao que dispõe e objetiva a Constituição, faz com que ocorra a violação de um dos seus princípios essenciais, que é o da Supremacia da Constituição, o que prejudica toda a harmonia do ordenamento jurídico.

No entanto, quando se tem como suprema a Constituição na ordem jurídica, faz-se necessário a busca de mecanismos que protejam e garantam que sua supremacia não seja ofendida juridicamente por meio de leis ou de atos que não estejam em conformidade com a Constituição⁴.

2.2 Mecanismos de proteção à Constituição

Para que a Constituição seja protegida, ou seja, evitar que normas contrárias ao que ela diz possam ter eficácia, é necessário um meio para fiscalizar e garantir a aplicabilidade do que traz a Lei Maior, fazendo com que todos os tipos de normas sejam analisadas a fim de verificar sua conformidade. Assim, temos no controle de constitucionalidade um dos mecanismos de proteção a Constituição, no entanto, vale ressaltar que existem outros meios de protegê-la, mas será abordado o controle de constitucionalidade pois é em uma de suas ações que se encontra o objeto principal de análise desse trabalho.

O cenário atual é evidenciado pela supremacia da Constituição, assim, todos os poderes advindos dela estão a ela subordinados, e isso se dá pelos mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. É importante destacar também que a Constituição é marcada por absorver valores morais e políticos, principalmente no que diz respeito ao sistema de autoaplicação dos direitos fundamentais (BRANCO e MENDES, 2017).

A Constituição, como lei fundamental, é parâmetro para todas as demais normas e atos normativos, é norma de validade para que haja um Estado Democrático de Direito, e a sua supremacia deve ser garantida pela jurisdição constitucional, que tem no órgão do poder judiciário o papel principal, através do controle de constitucionalidade, meios para afirmar e garantir os direitos fundamentais.

Insta salientar, o informativo do STF, ADIn 595 – ES, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que traz a importância que deve ser dada ao processo de fiscalização das normas no controle abstrato, e as diversas pluralidades de acolhimento à interpretação da Constituição, o que resultará na elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade ou parâmetro constitucional, e dependendo do sentido

4 Diante da necessidade de proteção à Constituição, devemos retratar que a função do Poder Constituinte está voltada para elaborar a Constituição de um Estado soberano assim como para proteger e evitar que uma norma se torne ofensiva a Lei maior, sendo que é no controle de constitucionalidade, um dos meios de proteção, que se verifica o meio para controlar o grau dessa adequação, visando proteger a Constituição das demais lei elaboradas no País, buscando garantir a sua supremacia, dessa forma o controle de constitucionalidade pode recair sobre normas infraconstitucionais, assim como, nas normas constitucionais derivadas, como as emendas constitucionais.

que é dado a Constituição, se for além das regras constitucionais escritas e dos princípios referenciados em seu texto normativo explicitamente ou implicitamente, compreendendo também as normas de caráter infraconstitucional, e voltadas a desenvolver de maneira plena, a efetividade dos seus preceitos, seria proporcionada a viabilidade de se concretizar à ideia de ordem constitucional global, ou seja, um controle de constitucionalidade realizado com perspectivas mais abrangentes, utilizando como parâmetro um conjunto de normas.

Levando em consideração que a Constituição encontra-se no topo da pirâmide, temos como mecanismo de proteção o controle de constitucionalidade, que figura como um importante instrumento de harmonização no ordenamento jurídico, devendo ressaltar que tal proteção da norma maior é dada principalmente ao Poder Judiciário, e essa atribuição não tem apenas a finalidade de regular a validade das leis e atos normativos que não estão de acordo com a norma fundamental, o que se busca também é que nessa atividade constitucional ocorra a concretização das normas constitucionais de maneira efetiva, principalmente das que versam sobre direitos e garantias fundamentais.

2.3 Controle de Constitucionalidade

O controle de Constitucionalidade está interligado ao princípio da supremacia da Constituição, ou seja, um instrumento utilizado com a finalidade de garantir e assegurar sua posição de superioridade e a força de suas normas⁵ diante da hierarquia que ocupa no ordenamento jurídico, como assegura a doutrina de Kelsen, denominada estrutura escalonada através de uma pirâmide jurídica.

Segundo a doutrina de Barroso (2012), o controle de constitucionalidade poderá ocorrer de várias maneiras, quanto ao órgão pode ser político ou judicial, esse poderá exercer o controle difuso ou concentrado, com sua forma pela via incidental ou por ação principal, também denominada ação direta. Levando em consideração o momento será preventivo ou repressivo, sendo exercido pelos diversos poderes do Estado. No Brasil, na Constituição Federal de 1988, o modelo adotado é o controle misto, pois algumas categorias serão submetidas ao controle político, e outras ao controle judicial, onde eminentemente ocorre a maioria do controle de constitucionalidade.

O controle judicial se dá pelas vias difusas ou concentradas. O controle difuso tem por objetivo proteger direitos subjetivos e é atribuído aos órgãos que compõem o Poder Judiciário, diferentemente do controle concentrado, cuja finalidade é garantir a supremacia da Constituição e preservação da harmonia do sistema jurídico, e é exercido principalmente pelo órgão judiciário guardião da Constituição, o STF, mediante controle abstrato das normas, e é neste controle de constitucionalidade que será

5 Para melhor ilustrar a força normativa da Constituição, vale ressaltar Konrad Hesse (1991), pois afirma que a Constituição expressa também um dever ser, ou seja, tem uma significância maior do que um elementar reflexo das situações fáticas da sua vigência, refletindo também nas forças sociais e políticas, ainda ressalta que é na Constituição que está o poder de um país.

dado maior enfoque, pois foi através de uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), uma das ações próprias do controle concentrado de constitucionalidade, em uma decisão em sede de medida cautelar que o ECI foi declarado no Brasil, em relação ao sistema carcerário.

Deve-se observar que na ordem jurídica atual o sistema do controle de constitucionalidade vem predominando, conforme Branco e Mendes (2017, p. 1173), “cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade”. A Constituição de 1988 contribuiu significativamente para essa mudança, pois ampliou o direito de propositura das ações e adotou novos instrumentos para o sistema do controle de constitucionalidade.

O controle judicial de constitucionalidade segundo Barroso (2012), ocorre por via de ação direta por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Ação Direta Interventiva e Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental, sendo que as duas últimas ações tem características singulares e também semelhantes, pois, de acordo com o voto do ministro relator da ADPF n.º 347/DF, em julgamento cautelar, diante do reconhecimento do ECI no sistema carcerário, há uma intervenção do Supremo, em diversos órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal, em proteção aos direitos violados, para que seja superado o ECI. E o objetivo da ação direta é proteger o ordenamento jurídico, fazendo com que não haja a presença de algum elemento incompatível e que não esteja em harmonia com a Constituição.

É importante destacar que o papel desempenhado pelo STF na interpretação jurídica tem ganhado destaque, seja alvo de críticas ou de elogios, pois passou a exercer papel fundamental na colaboração de construção dos sentidos das normas, atribuindo sentidos a vários princípios, atuando de forma decisiva na definição dos direitos trazidos pela Constituição vigente.

No Brasil, o controle concentrado previsto na Constituição pode ser exercido no âmbito federal pelo Supremo Tribunal Federal, e tem como parâmetro a Constituição Federal, na ADI de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ADC de lei ou ato normativo federal, de acordo com o art. 102, I, “a”, da CRFB/88 e na ADO, conforme art. 103 § 2º, da CRFB/88, e na ADInt no descumprimento de alguns princípios constitucionais e na recusa à execução de lei federal, segundo os art. 34 ao 36 da CRFB/88. A ADPF apesar de prevista no texto da Constituição de 1988, passou a ser regulamentada somente depois, com a Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que tratou do seu processo e julgamento (BARROSO 2012).

A ADI, ADC, ADO, ADInt e a ADPF são as principais ferramentas do controle concentrado da Supremacia da Constituição. Essas ações, com exceção da ADInt, poderão ser propostas pelos legitimados do art. 103, incisos I a IX, da CRFB/88, trata-se de um rol taxativo e não há iniciativa popular. A Constituição Federal não

traz exigências para que os legitimados acima referidos possam ingressar com tais ações, no entanto, o STF estabeleceu que alguns legitimados precisam comprovar a pertinência temática, são eles denominados legitimados especiais (art. 103, IV, V e IX, da CRFB/88), e como critério para que suas ações sejam recebidas é necessário que haja uma relação de harmonia entre o objeto da ação e o interesse do grupo. Os demais legitimados que são os chamados legitimados universais (art. 103, I a III e VI a VIII, da CRFB/88), não precisam comprovar a pertinência temática, com uma ressalva para os Partidos Políticos (art.103, VIII, da CRFB/88), que é exigido pela Constituição Federal a necessidade de ter representação política em pelo menos uma das Casas do Congresso Nacional, no momento da propositura da ação. A ADInt tem como legitimado o Procurador Geral da República (art.36, III, da CFRB/88), no âmbito federal, devendo cumprir alguns requisitos elencados na Lei n. ° 12.562/2011, que regulamentou o procedimento interventivo.

Dentre as ações acima elencadas nenhuma admite desistência, todas comportam medida cautelar e admitem participação do *amicus curiae*⁶. Suas decisões de mérito podem gerar efeitos *erga omnes* e vinculantes para órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública Direta e Indireta das esferas Federal, Estadual, Distrital e Municipal e são irrecorríveis, admitindo apenas os embargos de declaração. Cabe ressaltar também que todas as decisões da Corte adotam a técnica da modulação temporal dos efeitos, prevista nos art. 27 da Lei n.º 9868/99 e art. 11 da Lei n.º 9882/99.

A ADI prevista no art. 102, I, “a” da CRFB/88 e na Lei n. ° 9868/99, tem como objeto a lei ou ato normativo federal ou estadual e impugna leis ou atos normativos que violem a Constituição Federal. Leis municipais não podem ser objetos de ADI, convém observar que a lei distrital pode tratar de matéria estadual ou municipal, no entanto, só a matéria estadual poderá ser objeto de ADI. A ADC, introduzida pela Emenda Constitucional 3/1993, tem por objeto lei ou ato normativo federal e pode ser suscitada quando há uma controvérsia judicial relevante de uma lei federal e esta precisa de uma confirmação da Corte Suprema. E a ADO, art. 103 § 2º, da CRFB/88, com sua regulamentação dada pela Lei nº 12.063/2009, tem por objetivo resolver a omissão normativa de uma lei, que pode ocorrer de maneira total ou parcial. A ADInt, prevista nos arts. 34 ao 36 da CFRB/88 e regulamentada pela Lei n. ° 12.562/2011, pode ser iniciada requerendo a intervenção por verificar que alguns princípios constitucionais não estão sendo cumpridos, assim como se verificar recusa à execução de lei federal.

No que diz respeito a arguição de descumprimento de preceito fundamental

6 A figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade, conforme Abboud (2018), não é a mesma daquela clássica admitida processo civil. O *amicus curiae* não será parte e também não necessita comprovar interesse jurídico na causa. Sua participação enseja maior legitimação democrática nas decisões, permitindo que os diversos segmentos da sociedade possam se manifestar no processo, podendo assim prover ao órgão judiciário um número significativo de informações possíveis para que as decisões sejam prolatadas com excelência.

(ADPF), prevista no art. 102 § 1º e na Lei n.º 9.882/99, será proposta perante o STF, objetivando evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, proveniente de atos do Poder Público protegendo assim os preceitos fundamentais ameaçados ou já lesionados. O Supremo Tribunal Federal adota um rol exemplificativo desses preceitos, dentre eles podemos destacar a violação dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, o que foi arguido na ADPF 347, objeto de nosso estudo que será explanado mais detalhadamente no decorrer do texto.

A ADPF não poderá ser utilizada se houver qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade, ou seja, de acordo com o art. 4º da Lei n.º 9882/99, ela tem caráter subsidiário, além disso é necessário que haja ameaça ou lesão a preceito fundamental e um ato omissivo ou comissivo do órgãos estatais para que possa provocá-la. Os legitimados para propor essa ação são os mesmos de algumas ações diretas já mencionadas, tem por objeto leis ou atos normativos federais, estaduais, federais e municipais que ofenda ou ofereça riscos a preceito fundamental, inclusive normas anteriores a Constituição, no entanto, podemos destacar que objeto desse controle concentrado de constitucionalidade é mais abrangente, pois alcança as três esferas de poder.

Diante das questões suscitadas pela ADPF, mesmo que seu mérito ainda não tenha sido julgado, mudanças significativas já vêm ocorrendo no sistema do controle de constitucionalidade, pois permite que controvérsias constitucionais relevantes possam ser decididas de maneira antecipada, evitando assim que a solução definitiva não ocorra tempos depois, quando a situação já está consolidada. (BRANCO e MENDES, 2017)

Dentre as diversas peculiaridades da ADPF deve-se observar que a resposta sobre a omissão inconstitucional pode ser dada por ela, respeitando a diversidade e abrangência de sua utilização, o instituto vem complementar o controle de constitucionalidade concentrado no STF, e na ADPF n.º 347/DF, verifica-se que a omissão inconstitucional, ou seja, ausência de medida para que uma norma constitucional tenha efetividade, pode ser observada nas diversas violações dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

3 | DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

As violações dos direitos fundamentais provenientes de falhas estruturais, assim como de ausência de políticas públicas, podem ser encontradas no sistema carcerário brasileiro em diversos segmentos, há uma violação generalizada de direitos humanos e tal violação decorre de omissões, assim como de falta de organização estrutural, e torna-se ainda mais grave diante da postura ou até mesmo da inércia das autoridades públicas para que esse cenário seja superado.

3.1 O papel do Estado na política prisional e na garantia dos direitos fundamentais dos presos

Os órgãos do Estado são responsáveis pela efetivação do principal objetivo das penas restritivas de liberdade e pela eficiência dos cumprimentos das leis, com a finalidade de ressocializar aquele que praticou o ilícito, fazendo com que a pena seja cumprida, respeitando a sua integridade e assim combater a criminalidade de maneira eficaz (CAMPOS, 2016).

São encontrados os direitos e as garantias reservados também a pessoa que tem sua liberdade restringida, na Constituição Federal de 1988, em diversos incisos do seu art. 5º, na Lei de Execuções Penais, assim como em Tratados e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil, voltados principalmente em observar que seja assegurada a dignidade da pessoa humana, em face do que dispõe o próprio art. 5º da Constituição, que é o direito de ter uma existência digna, em relação a todo ser humano, assim como em relação ao preso, pois qualquer que seja a situação em que se encontre, deve ser com dignidade, respeitando assim, um dos fundamentos mais expressivos que sustenta o Estado democrático de direito que é a dignidade da pessoa humana.

O Estado tem o dever de assegurar ao preso diversas assistências, como direito à saúde, educação, trabalho, condições dignas de encarceramento, segurança, à vida, alimentação, assistência judiciária, dentre outros, além de respeitar os princípios trazidos pela constituição para que não ocorram maus tratos, penas cruéis, de tortura ou degradantes e que não seja mantido em condições desumanas.

Os direitos e garantias fundamentais asseguram ao indivíduo uma maneira de fazer com que os Poderes Públicos cumpram e respeitem os direitos instrumentalizados e previstos na Constituição, em seu art. 5º, e que possam garantir também uma prestação material, vinculando assim tais poderes para que os direitos fundamentais sejam consagrados (BRANCO e MENDES, 2017).

As garantias asseguradas as pessoas que estão no sistema carcerário estão previstas em diversas leis, dentre elas podemos citar a Lei de Execução Penal, Lei n.º 7.210, de 1984, a Lei Complementar n.º 79/94 que criou o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, assim como o art. 5º, em vários incisos da Constituição, e tais normas estabelecem como deve ser o sistema penitenciário, assim como e em que condições o apenado deverá cumprir a pena determinada. É necessária a atuação dos poderes do Estado, principalmente com o legislativo e a administração orçamentária voltados para a finalidade do sistema carcerário, que é a ressocialização dos seus apenados.

A efetividade de condições para que se alcance uma vida digna, de acordo com Campos (2016), inclusive para os que se encontram no cárcere deve ser prioridade dos poderes políticos, pautados em um Estado social de direito, sendo dever das autoridades estimular e melhorar as condições materiais dos setores mais afetados,

como os das pessoas que estão no sistema penitenciário, devendo garantir também através de medidas legislativas e orçamentárias a concretização e proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, vale ressaltar que os direitos fundamentais, que também alcançam as pessoas privadas de sua liberdade, são condições de legitimidade da atuação do poder público e a efetividade do seu cumprimento deverá ocorrer com a prestação positiva do Estado. A presença de políticas públicas ocupam um papel importante em se tratando de resolver ou minimizar os casos de violação aos direitos fundamentais, garantindo assim a afirmação de tais direitos como núcleo de proteção a dignidade da pessoa humana.

3.2 A realidade do sistema prisional no Brasil

Os inúmeros direitos e garantias que são estipulados constitucionalmente nas normas e asseguradas aos que vivem sob a custódia do Estado no seu sistema carcerário não estão sendo executados, muito pelo contrário do que estabelece a Constituição, eles estão sendo violados, o que se constata, e até mesmo o que está sendo exposto perante a sociedade é uma violação generalizada dos direitos humanos, como corrobora Campos (2016, p.265):

Atualmente, talvez seja o sistema carcerário brasileiro o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superar tal quadro. À semelhança do caso colombiano, problemas de superlotação carcerária, instalações prisionais insalubres, tortura policial, falta de segurança interna, inexistência de medidas de divisão de presos, ausência de oferta de direitos básicos como saúde, alimentação minimamente saudável, educação e trabalho, número excessivo de prisões provisórias, assistência judiciária precária, entre outros, implicam tratamento desumano e condições indignas de sobrevivência dos presos.

O autor afirma que uma pesquisa feita com diversas bases de dados, dentre elas a da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados⁷ e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁸, um estudo pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro – Clínica UERJ⁹, que

7 A CPI que o autor se refere é a do ano de 2009, vale ressaltar que já foi criada uma segunda, de 2017, em um intervalo inferior a 08 (oito) anos, ambas têm por finalidade a investigação da realidade do sistema prisional no Brasil. As duas CPIs estão disponíveis em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701e> e <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/31899> respectivamente.

8 Os resultados podem ser conferidos em Portal do CNJ – Divulgação sobre população carcerária: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Também podem ser conferidos dados mais atualizados em Os números da Justiça Criminal: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf> e Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf/view

9 As diligências e resultados da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ podem ser encontradas em: <http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>

apontaram diversas maneiras de violação aos direitos fundamentais dos presos, como a superlotação, ocorrências de torturas e maus tratos, vários tipos de violências, locais em que se encontram as celas são insalubres, doenças infectocontagiosas se propagando, insuficiência de água própria para o consumo e de materiais básicos de higiene, assistência judiciária precária, deficiência no acesso à saúde, educação e trabalho, forte presença de facções criminosas dominando o sistema, o Estado não tem o controle suficiente sobre o cumprimento das penas, além das várias formas de discriminação social, racial, entre outras.

As fortes evidências de violação de direitos fundamentais e inúmeras deficiências encontradas nas unidades prisionais do país são perceptíveis, sendo que tais unidades e seus problemas são de responsabilidade dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, são questões que precisam ser avaliadas e reavaliadas desde a agenda política, implantação e implementação de políticas públicas até a maneira que está sendo aplicada a lei penal (CAMPOS, 2016).

A dignidade da pessoa humana, assim como, os direitos fundamentais dispostos nas normas constitucionais, entre eles, o direito à vida, integridade física, o direito a família, saúde, educação e diversos outros estão claramente sendo violados, o art. 1º, inciso III da CF/88, que trata de um dos fundamentos pilares da nossa Constituição não está sendo observado pelo sistema carcerário, diante da situação as pessoas que se encontram no cárcere estão vivendo casos de tortura e tratamento desumano ou degradante, proibidos pelo art. 5º, inciso III da CF/88, as penas aplicadas no cárcere são as de caráter cruéis, prática essa também vedada pela nossa Lei Maior em seu art. 5º, inciso XLVII, “e”, além da não observância dos incisos XLVIII e XLIX, do mesmo art. 5º já mencionado, que expressa sobre como deve ser cumprida a pena, em estabelecimentos distintos, levando em consideração a natureza do delito, idade, sexo, respeitando também a integridade física e moral dos presos do sistema carcerário.

Os direitos básicos, necessários ao mínimo existencial, também direitos fundamentais, não são observados no cotidiano das pessoas encarceradas, como saúde, educação, trabalho, uma alimentação digna e assistências previdenciária, social e judiciária, são direitos que os presos não usufruem, nos quais ocorre sua violação em massa, diante da situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro¹⁰.

¹⁰ Os direitos mínimos existenciais previstos na Constituição devem ser garantidos a todas as pessoas, inclusive as que estão encarceradas, no entanto, não são respeitados, e na maioria das vezes não são assegurados aos indivíduos, independente ou não de se encontrar no cárcere. Diante de tal situação a sociedade não aceita que possa haver gastos públicos com melhorias em instalações prisionais, ou até mesmo para que o preso não viva em condições desumanas, o que configura também uma inconstitucionalidade por parte da própria sociedade, pois muitos acreditam que tais condições seja uma maneira de retribuição aos crimes praticados, e devido a essa impopularidade das pessoas encarceradas, a maioria dos políticos não buscam recursos públicos para serem aplicados ao sistema carcerário, objetivando ao menos oferecer aos presos uma condição de vida digna, já que a opinião pública é essencial na democracia e estrutura do nosso país, principalmente em se tratando do voto, e ignorar essa opinião pode acarretar em fracassos políticos, como em tentativas de reeleição para cargos ocupados no Poder Executivo e Legislativo, o que motiva ainda mais a omissão desses poderes políticos.

E esse cenário de grandes violações aos direitos fundamentais está vinculado as omissões reiteradas de autoridades públicas, que não estão desempenhando suas obrigações de garantir o direito dos presos, há inércia dos poderes do Estado de uma maneira generalizada dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os direitos fundamentais inerentes aos presos, para Campos (2016), previstos na Constituição Federal, que é a legislação interna, juntamente com a Lei de Execução Penal do ano de 1984, são violados de maneira abundante, isso faz com que além de ofendê-las, provocam também ofensa aos vários tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que foram ratificados pelo Brasil, como por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, as Convenções contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Americana de Direitos Humanos. Assim o sistema carcerário no Brasil, diante da realidade de um sistema com posturas cruéis e desumanas, e como consequência diversas violações em massa dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, é de responsabilidade de todo Estado brasileiro e cabe a ele superar essa situação.

4 | ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O conceito e a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional foram desenvolvidos pela Corte Constitucional Colombiana, como o objetivo de fazer com que o Estado observasse e tomasse providências a respeito das graves violações que estariam ocorrendo aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, sendo consequência das mais variadas omissões dos poderes públicos do Estado.

4.1 Surgimento do Estado de Coisas Inconstitucional

No tópico anterior se verificou que há omissão dos poderes Legislativo, Executivo, Judiciário do Estado, assim como da União, dos Estados e do Distrito Federal, e falha na sua atuação no que diz respeito a eficácia dos dispositivos constitucionais que tratam da proteção dos direitos fundamentais e que a tutela desses direitos se mostra deficiente. O legislativo não está cumprindo seu dever, normas regulamentadoras estão ausentes, ou seja, as condições necessárias para que os direitos fundamentais sejam utilizados de maneira eficaz não ocorrem, e diante de tal omissão, resultado também da falta de elaboração e coordenação estrutural, há uma falha estrutural diante do sistema, desde a utilização das leis até a criação das políticas públicas que deveriam auxiliar na sua aplicação.

As omissões estatais e as falhas estruturais têm como consequência a violação massiva e contínua dos direitos fundamentais. Campos (2016, p. 96), afirma que “para proteger a dimensão objetiva desses direitos, a Corte Constitucional Colombiana acabou tomando medida extrema: reconhecer a vigência de um ECI”. É uma decisão que tem como objetivo direcionar o Estado para que observe a dignidade da pessoa

humana garantindo a efetividade dos direitos fundamentais, haja vista que, violações em massa estejam ocorrendo com esses direitos devido as diversas omissões por parte dos poderes públicos do Estado.

Campos (2016, p. 187), define o ECI como:

[...] a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

O Estado de Coisas Inconstitucional, foi declarado pela primeira vez na Corte Colombiana, na sentença SU-559, de 1997¹¹, no caso dos docentes municipais, sobre seus direitos previdenciários que não estavam sendo reconhecidos pelas autoridades do local onde viviam. Para os juízes havia uma deficiência na política educacional da educação, originada na destinação desigual dos recursos educacionais, gerenciados pelo governo central. O caso em comento era de 45 professores, no entanto, a Corte Colombiana reconheceu que o direito violado era comum a todos os professores, e não somente aos demandantes da ação. Na *Sentencia* T- 068 de 1998¹², foi reconhecido pela segunda vez o ECI, pela CCC, no caso do direito de petição dos aposentados diante da Caixa Nacional de Previdência que demorava em responder as petições que objetivavam saber sobre as verbas previdenciárias. A CCC chegou à conclusão que a ineficiência administrativa violava o direito fundamental de petição e gerava uma imensa demanda ao poder judiciário sobre o mesmo fato. (CAMPOS, 2016)

O caso da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) semelhante ao que foi declarado no Brasil, em 2015, pelo Supremo Tribunal Federal é relativo ao cenário de superlotação do sistema carcerário e as condições em que vivem seus encarcerados. De acordo com Campos (2016), a CCC, com base nos dados e estudos empíricos, constatou que a violação dos direitos das pessoas presas ocorria em todas as penitenciárias da Colômbia, verificou também a existência de todos os pressupostos que justificam o reconhecimento de um ECI, e que tal situação não iria contribuir para o principal objetivo das prisões, que é de ressocializar os presos.

A declaração do ECI também foi reconhecida em outros casos pela Corte Constitucional Colombiana, mas foi na *Sentencia* T – 025¹³, no ano de 2004, o caso

11 A *Sentencia* SU- 559, de 6 de novembro de 1997, pode ser encontrada em: http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920417633f034e0430a010151f04

12 *Sentencia* T-068 de 1998, pode ser verificada em: http://legal.legis.com.co/document/jurcol/jurcol_759920417d10f034e0430a010151f034/sentencia-t-68-de-marzo-5-de-1998-sentencia-t-068-de-marzo-5-de-1998?text=sentencia%20t%20068%201998&type=q&document-Type=Sentencia&hit=1

13 *Sentencia* T- 025 de 2004, disponível em: http://legal.legis.com.co/document/jurcol/jurcol_75992041f28df034e0430a010151f034/sentencia-t-25-de-enero-22-de-2004-senten

mais emblemático enfrentado pela CCC em relação a intensa violação de direitos fundamentais advinda de falhas estruturais, que foi o caso do deslocamento interno forçado em que pessoas eram obrigadas a sair dos lugares onde moravam devido as ações violentas das FARC na Colômbia. A Corte também afirmou que a omissão do Estado diante da proteção das pessoas deslocadas era inconstitucional e violava direitos fundamentais básicos. Esse é um dos casos diferenciados para Campos (2016, p. 142- 143), conforme se manifesta:

O grande diferencial deste caso, em comparação aos demais nos quais também se declarou o ECI, foi o fato de a Corte ter retido jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens. A Corte não se limitou a determinar fossem promovidas políticas públicas dirigidas a remover a violação de direitos, mas também supervisionou o cumprimento da decisão, realizou audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferiu novas decisões e ordens dirigidas a conferir amplo sucesso à *Sentencia* T – 025 de 2004.

Nessa perspectiva, durante muito tempo a Corte Constitucional Colombiana manteve jurisdição sobre o caso para acompanhar e mover o cumprimento das suas ordens, foram várias decisões de seguimentos nos autos, audiências públicas para discutir como proteger e dar efetividade aos direitos das pessoas deslocadas, balanços do que estava sendo implantado pelo Estado, assim como novas decisões para garantir a concretização dos direitos fundamentais das pessoas que haviam sido deslocadas e estavam sem a mínima assistência.

De acordo com Gravito e Franco (2010, p.15-16):

Por último, la T-025 resulta especialmente sugestiva para la discusión internacional propuesta en este libro porque hace parte de una jurisprudencia – la dela Corte Constitucional colombiana – que se ha ganado un lugar prominente en el constitucionalismo comparado. En un giro paradójico de la historia social y jurídica, precisamente uno de los países con violaciones más graves de los derechos humanos ha pasado a ser exportador neto de jurisprudencia constitucional y de innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de decisiones ambiciosas sobre derechos. Hoy en día, en efecto, la jurisprudencia de la Corte es citada con entusiasmo por tribunales latinoamericanos y de otras partes del mundo, y suele ser incluida en los estudios comparados sobre jurisprudencia constitucional (Comisión Internacional de Juristas 2008; Coomans 2006; Gargarella, Domingo y Roux 2006; Langford 2008). La colombiana, por supuesto, no es la única corte constitucional que ha avanzado en esta dirección. La T-025 y la jurisprudencia colombiana se inscriben en una tendencia internacional hacia el protagonismo de los jueces constitucionales en la realización de los derechos. En las últimas décadas se han multiplicado los ejemplos de este “neoconstitucionalismo progresista” (Rodríguez Garavito 2009^a) [...]

Percebe-se assim que, como já explanado e confirmado pelo autor acima citado, o caso da *Sentencia* T-025, seus fundamentos e procedimentos, ou seja, a maneira como foi acompanhada e monitorada a sua execução diante da declaração do ECI, atribuem a esse caso uma espécie de modelo a ser seguido e importado em

[cia-t-25-de-enero-22-de-2004?text=sentencia%20t%20025%202004&type=q&documentType=Sentencia&hit=1](https://www.corteconstitucional.gov.co/decision/consulta-externa/2004-025-00001)

circunstâncias de necessidade da intervenção e atuação das cortes a fim de sanar o quadro de violação massiva de direitos fundamentais.

4.2 Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional

A Corte Constitucional Colombiana tem no caso das pessoas deslocadas o marco histórico do ECI, e nesse caso é definido em sua sentença, se referindo também as sentenças anteriores, quais pressupostos devem existir para que ele seja declarado. O primeiro pressuposto é que deverá ocorrer a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais e que afete um número significativo de pessoas. O segundo diz respeito a uma contínua omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos. Observa-se também, como terceiro pressuposto, a adoção de práticas consideradas inconstitucionais, como a incorporação de uma ação de tutela sendo requisito de um procedimento para garantir o direito violado. O quarto pressuposto, ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias a fim de evitar a violação dos direitos fundamentais. Já o quinto está relacionado à existência de um problema social cuja solução abrange a intervenção de várias entidades, e requer a adoção de um conjunto completo e coordenado de ações e recursos para que seja sanado. E o último é a questão do congestionamento judicial, pois como afeta um número elevado de pessoas, se todas resolvessem buscar o judiciário para tutelar seu direito a demanda seria imensa. (CAMPOS, 2016)

O autor supracitado elencou quatro pressupostos que autorizam o reconhecimento do ECI, afirmando que tais pressupostos necessitam ser sistematizados de forma clara e objetiva, levando em consideração que a medida de declaração do ECI é excepcional, no entanto, sua identificação precisa ser dada de maneira rígida, para que o ECI seja utilizado com racionalidade e objetividade como condição para melhor atender a sua função. Os pressupostos são: violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, omissão reiterada e contínua de autoridades públicas resultando em falhas estruturais, alcance orgânico de um conjunto de medidas necessárias a fim de superar a inconstitucionalidade, e o grave congestionamento do judiciário.

4.3 O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

No Brasil, a temática que trata sobre o ECI chegou ao STF através da ADPF n.º 347/DF em 26 de maio de 2015, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, a petição buscava o reconhecimento pelo Tribunal da figura do ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro, diante da violação dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas nesse sistema, e que diversas providências fossem tomadas para tratar a questão prisional do Brasil, e ainda indicava que as condições em que se encontra o sistema carcerário brasileiro decorre das ações e omissões dos Poderes Públicos do Estado.

De acordo com a decisão do STF, no julgamento da medida cautelar da ADPF 347, restaram configurado três pressupostos principais para a declaração do ECI no sistema penitenciário brasileiro, que podem ser observados na transcrição de trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347:

Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia n° SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004).

Em se tratando da situação de violação generalizada de direitos fundamentais em relação aos presos no Brasil, de acordo com o primeiro pressuposto são violados o direito a saúde, integridade física, educação, trabalho, assistência jurídica, entre outros, assim como não é respeitado a dignidade da pessoa humana, e diante da situação precária das celas nos presídios e delegacias, o tratamento dispensado aos encarcerados é cruel, desumano e degradante, e as penas acabam sendo diferente de uma pena privativa de liberdade, configurando em penas de tortura, além da inobservância do seu cumprimento ser em local distinto de acordo com a idade, natureza do delito, entre outros requisitos, ou seja, todos os direitos violados estão expressamente assegurados na Constituição, na Lei de Execução Penal e nos Tratados Internacionais, no entanto, não estão sendo concretizado, ao contrário do que se estabelece, nem o mínimo existencial está sendo garantido à população carcerária.

A inércia ou incapacidade reiterada, ou seja, a omissão¹⁴ contínua das autoridades públicas em modificar a situação dos direitos fundamentais violados é o segundo pressuposto e está vinculado à violação em massa de tais direitos no sistema carcerário brasileiro, e para que sejam garantidos é necessário que as autoridades, de todos os Poderes do Estado cumpram com suas obrigações.

A Lei de Execução Penal assegura aos presos do sistema penitenciário brasileiro, alojamento em cela individual, com todos os requisitos necessários para se ter minimamente uma vida digna, como também foi criado através da Lei Complementar n.º 79/94 o Fundo Penitenciário Nacional- FUNPEN a fim de auxiliar a viabilização desses direitos, no entanto, esses direitos assegurados também estão sendo violados, haja vista às condições em que se encontram as pessoas encarceradas, segundo

14 As parcerias público privada no sistema carcerário pode ser observada como um instituto utilizado para suprir as omissões e insuficiência de investimentos nos sistema penitenciário brasileiro. Na votação das medidas cautelares da ADPF n.º 347/DF, a Ministra Carnem Lúcia cita a unidade no estado de Minas gerais, primeiro presídio construído e administrado por empresa privada, afirmando que os problemas ainda existem, no entanto, é uma penitenciária que parece cumprir os itens fundamentais da Constituição.

dados da pesquisa elaborada pela Clínica UERJ Direitos, a superlotação é uma dos problemas mais visíveis, as celas estão repletas, e os presos convivem sem o mínimo de espaço, com revezamento para poder dormir e sem lugar adequado para suas necessidades básicas. Diante desse quadro temos uma ausência generalizada que envolve as políticas legislativas, administrativas e orçamentárias (CAMPOS, 2016).

O terceiro pressuposto elencado pelo STF para declaração do ECI tem a ver com necessidade do alcance de todos os órgãos atuando para que sejam superadas as violações já mencionadas com a explanação dos dois pressupostos acima. É de suma importância para a superação do ECI ou ao menos para redução das transgressões existentes uma atuação de vários órgãos, Executivo, Legislativo e Judiciário, a União, os Estados e o Distrito Federal, com diferentes medidas, ou seja, deve haver políticas públicas, recursos orçamentários destinados e utilizados com a população carcerária, além da devida aplicação das leis, principalmente das leis penais., pois os presos são titulares desses direitos violados e com a falta dessas políticas e recursos, dessa atuação de todos os Poderes do Estado, não se consegue alcançar uma vida digna ou ao menos para que sobrevivam em condições minimamente humanas dentro do sistema carcerário.

O grave congestionamento do judiciário foi elencado por Campos (2016), como o quarto pressuposto, que está relacionado com a quantidade de ações judiciais que podem ser demandadas devido à violação em massa dos direitos fundamentais dos presos pleiteando ao Estado indenizações por danos morais, já que estão sob a custódia deste e cabe ao Estado zelar pela sua vida, saúde, integridade física, ou seja, disponibilizar condições dignas de vida e sobrevivência para os que estão encarcerados.

Em observação ao julgamento cautelar da ADPF 347/DF, alguns Ministros citaram ações sobre a situação inconstitucional que já estão na agenda do STF, algumas até julgadas, dentre elas podemos citar o Recurso Ordinário n.º 580.252/MS que pleiteia indenização por danos morais devido ao cumprimento das penas está ocorrendo em presídios com condições degradantes, a ADI n.º 5.170/DF proposta pelo Conselho Federal da OAB, versando sobre o mesmo tema e o Recurso Ordinário n.º 592.581/RS, que versa sobre a União e os Estados realizarem obras nos presídios independente de dotação orçamentária, diante da constatação da violação da dignidade da pessoa humana dos presos que vivem em celas superlotadas.

Dessa forma, diante das condições desumanas que vivem os presos, muitas são as demandas que podem chegar até o judiciário em busca de indenizações por danos morais de cada preso, além da grave violação dos direitos fundamentais, e isso levaria um custo elevado para o poder público, sendo mais viável corrigir o sistema, enfrentado o problema que já se mostra generalizado, buscando atuação com os demais poderes do Estado em diversos âmbitos da Federação.

4.4 A ADPF N.º 347/DF

A ADPF n.º 347/DF foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL com pedido para que o Supremo Tribunal Federal reconheça o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro e tome providências diante da ocorrência de diversas violações dos direitos fundamentais dos presos pela situação degradante ocorrida no sistema carcerário. A petição também afirma que essas violações resultam das ações e omissões dos Poderes exercidos pela União, Estado e Distrito Federal, requerendo assim que o STF adote medidas diversas e necessárias a fim de afastar essas lesões aos preceitos fundamentais.

O requerente aborda a grande problemática do déficit das vagas nas prisões e a realização de melhorias nos presídios ou a construção de novos para que possam diminuir e reverter esse cenário de hiperencarceramento, sendo dever do Poder público sanar ou reduzir esse problema. Além disso, requer também aplicação da lei penal e processual penal de maneira que ajude na crise desse sistema, e que os recursos orçamentários compostos no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN¹⁵ sejam utilizados na sua finalidade, financiando as medidas voltadas para o sistema penitenciário de forma eficiente, apontou o contingenciamento dessas verbas e pediu sua liberação. Assim, requereu planos de ação dos órgãos do Estado para sanar a violação de direitos fundamentais dos presos a fim de tornar o sistema penitenciário um lugar onde se possa ter uma vida digna e segura e atingindo sua principal finalidade, que é a de ressocializar os presos que ali vivem.

O PSOL, autor da ADPF n.º 347/DF, argumenta ser esta a via adequada para postular tais direitos, já que a dignidade da pessoa humana e os diversos direitos fundamentais violados configuram preceitos fundamentais, diante de consenso doutrinário e jurisprudencial, além disso, busca-se também impugnar atos do Poder Público e afirma, considerando o caráter subsidiário não existir outro meio que se possa buscar para sanar a lesividade. A ADPF está prevista no art. 102 § 1º da Constituição Federal, e na Lei n.º 9.882/99, que dispõe sobre o seu procedimento, e em observância ao seu art. 4º, § 1, trazendo como regra que não será aceita a arguição de descumprimento de preceito fundamental se existir outro meio de sanar a lesividade, dessa forma para os Ministros também estão preenchidos os requisitos para a postulação da ADPF, o que pode ser observado no voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347/DF:

O autor sustenta a adequação da via eleita, porque estariam preenchidos os requisitos de violação de preceitos fundamentais, de impugnação de atos do Poder Público e de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Tenho-os como satisfeitos.

15 De acordo com os dados da Associação Contas Abertas, publicados em 04 de janeiro de 2017 estão disponíveis no FUNPEN R\$2,4 bilhões, e no final do ano de 2016 foram liberados R\$ 1,1 bilhão, mas ainda há muito dinheiro parado no Fundo. Informação disponível no site Agência Contas Abertas, disponível em: <http://www.agenciacontasabertas.com.br/noticia/caos-nos-presidios-e-r-24-bilhoes-disponiveis-no-funpen>

[...] entendo estar atendido, porquanto inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante o qual possam ser impugnados de forma abrangente, linear, os atos relacionados às lesões a preceitos fundamentais articuladas.

Na ADPF n.º 347/DF, em sua inicial o autor afirma ter como base uma representação desenvolvida pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, além de outros documentos que comprovam a realidade de violação massiva dos direitos fundamentais dos presos. O requerente defendeu também o preenchimento dos pressupostos para que seja declarado um ECI, sendo eles: a) a existência de uma realidade de violação em massa de vários preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais de um grande número de pessoas, os encarcerados; b) origem desse cenário de violação nas ações e omissões dos Poderes Públicos, União, Estados e Distrito Federal; e c) para que seja alcançada uma solução é necessário a atuação de vários órgãos como Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nos pedidos da medida cautelar da ADPF n.º 347/DF, foram postulados ao STF a determinação para que todos os juízes e tribunais motivassem expressamente, ao decretar a prisão preventiva ou a sua manutenção, o porquê de não ter aplicado as medidas cautelares alternativas à privativa de liberdade, estabelecidas no art 319 do Código de Processo Penal; aplicabilidade de forma imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que são as audiências de custódia em até 90 dias, e o comparecimento do preso em até 24 horas; considerem com fundamentações o cenário dramático do sistema carcerário para poder aplicar a concessão de cautelares penais durante a aplicação da pena no processo e na execução penal; reconheçam que a pena é cumprida em condições que divergem do que é admitida pelas normas jurídicas, levando em consideração a proporcionalidade entre humanidade e sanção, que tem por sua natureza ressocialização, e não apenas punição para quem cometeu o ilícito, e utilizar sempre que possíveis penas alternativas à prisão; o abrandamento de requisitos temporais para se conceder benefícios, assim como para diminuir o tempo da pena a ser cumprido, feito pelo juízo da execução penal quando ficar evidente que a pena foi cumprida em condições mais severas do que a determinada; coordenação de mutirões carcerários pelo Conselho Nacional de Justiça para revisar os processos de execução penal e adequá-los as medidas de proporcionalidade descritas anteriormente; e descontigenciamento das verbas existente no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, assim como a proibição de novos até que seja superado o ECI.

Em setembro de 2015, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, reconheceram em fase cautelar que está configurado o ECI, e em sua maioria deferiram alguns pedidos cautelares, ante a violação em massa dos direitos fundamentais dos presos, decorrentes de falhas estruturais e a falência de políticas públicas, cabendo assim a

intervenção do Supremo que determinou a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, pela União, para ser utilizado na finalidade a qual foi criada e que não novos contingenciamentos não ocorram, a realização de audiências de custódia em até 90 (noventa) dias, obrigando juízes e tribunais para que cumpram e viabilizem o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até no máximo 24 (vinte e quatro) horas contados do momento da prisão, observados assim os artigos 9.3 e 7.5 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente, e também foi deferida pelo Tribunal uma cautelar de ofício, proposta do Ministro Roberto Barroso, que trata de uma determinação à União e ao Estado de São Paulo, para que seja encaminhada ao STF informações acerca da situação prisional. (ACORDÃO DO STF- 09/09/2015)

O mérito da ADPF n.º 347/DF ainda não foi julgado pelo STF, no entanto, muitas críticas foram formuladas, durante o julgamento da medida cautelar, assim como, depois por alguns autores, diante do reconhecimento do ECI pelo Supremo, dentre eles falta de legitimidade do Tribunal, ameaça à democracia e violação ao princípio da separação de poderes.

5 | O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Uma das críticas recorrentes diante do reconhecimento do ECI pelo Supremo é de que sua declaração viola o princípio da separação de poderes, havendo uma interferência do STF nos Poderes Legislativo e Executivo, principalmente em se tratado de uma área em que só esses poderes poderiam atuar, nas políticas públicas, que o Supremo não poderia coordená-las, e tal postura poderia ser claramente identificada como ativismo judicial, resultando assim em mais poder para o Judiciário.

5.1 Ativismo judicial

É necessário antes de adentrar no que realmente seja ativismo, entender o que não pode ser considerado necessariamente uma postura ativista, como por exemplo, o controle de constitucionalidade e o judiciário atuando contramajoritariamente para garantir e proteger os direitos fundamentais, discordando muitas vezes com a sociedade e até mesmo com o Estado (ABBOUD, 2018). Já que o ativismo judicial é oriundo da atividade judicial, e por ser alvo de muitas críticas, faz com que sua definição seja ampla, perpassando por diversas vertentes, resultando em objeções e sendo julgado como ativismo qualquer ato mais interpretativo do judiciário.

Atualmente é perceptível a judicialização da política trazendo à tona discussões acerca do papel e da postura do STF no exercício da jurisdição constitucional, principalmente em se tratando de temas mais controversos, dentre eles, os casos relativos à união estável envolvendo pessoas do mesmo sexo, o possível aborto de fetos anencefálicos, entre outros. Assim, pode-se conceituar o ativismo judicial

como uma atuação jurisdicional mais vigorosa, com decisões que invadem searas de outras esferas de poder, e que ocorre com mais facilidade diante das omissões e lacunas deixadas pelos poderes do Estado, no entanto, o ativismo também pode ser reconhecido como uma postura com proatividade, e não como algo sempre progressista, como na maioria das vezes é reconhecido de forma errônea no Brasil (CLÈVE, 2014).

Diante disso, nota-se uma participação do Supremo em casos mais sensíveis, que atraem os olhares da população e da mídia, na maioria das vezes com reprovabilidade, ou seja, são casos impopulares, assim como o que trata dos direitos dos presos, que muitas vezes, salvo raras exceções, não constam na agenda política dos representantes do povo, já que a opinião pública é primordial na democracia com o voto dos cidadãos, não levar em consideração essas opiniões podem acarretar em sérios riscos à política e aos cargos pretendidos no Legislativo e no Executivo,

Podemos entender o ativismo judicial considerando duas vertentes, a primeira é aquela utilizada de maneira flexível, em que o juiz irá atuar de acordo com o que traz a norma e os princípios, sem adentrar nos demais poderes, no entanto, temos um outro lado, que necessita da atuação do judiciário com o dever de contribuir em determinadas áreas que implicam nos aspectos da vida social, precipuamente quando o processo político não está atuando, ou seja, há uma omissão dos outros poderes (LIMA E RODRIGUES, 2017).

Garavito e Franco (2010, p. 39), abordam um novo ativismo judicial, justificado diante de um bloqueio institucional, que se justifica em prol da democracia:

El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación e situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para cumplir la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotor de la democracia. [...] Como lo sostienen Sabel y Simin en una de las defensas más influyentes del nuevo activismo judicial, “el litigio de derecho público rechaza idea de que la rendición de cuentas puede darse por descontada por el sólo hecho de que una entidad estatal está inserta en una estructura administrativa más amplia que está formalmente encabezada por un funcionario elegido popularmente. Semejante supuesto convertiría la doctrina de separación de poderes en una formalidad vacía” (Sabel y Simon 2004: 1094)[...]

Para os autores estamos diante de um constitucionalismo de colaborações, com a atuação das cortes cumprindo uma função que objetiva um reforço à autonomia dos outros poderes, e não como um exercício de violação às ações do Executivo e do Legislativo, pois deve-se pensar na complexidade entre as relações dos poderes, e não em um formalismo esvaziado.

Campos (2016), afirma que o reconhecimento do ECI no Brasil pode ser destacado como ativismo judicial, no entanto, por possuir diferentes dimensões, sua

legitimidade diante das medidas tomadas em face dos outros poderes, é dada levando em consideração circunstâncias do caso analisado, ou seja, da violação em massa de diversos direitos fundamentais das pessoas que se encontram no cárcere. Afirma também que se trata de um ativismo denominado de tipo estrutural, pois há diversos indicadores de ativismo, e o que está presente no reconhecimento do ECI, observa os pressupostos da declaração, possibilita o diálogo com os demais poderes do Estado, e também desse com a sociedade, visa superar bloqueios políticos, institucionais, aumentar a deliberação, a participação popular e evitar a supremacia judicial.

5.2 O princípio da separação de poderes e o seu modelo atual

A separação de poderes é um princípio encontrado em nossa Constituição, e cabe lembrar como era conceituada classicamente a separação dos três poderes de um Estado de acordo com Montesquieu (1996, p. 167) “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”. Para o autor, os poderes devem ser independentes, como se houvesse uma tripartição entre eles, pois se assim não fosse a liberdade estaria ausente dando lugar à arbitrariedade, ou seja, nenhum poder ou órgão interferiria no outro, sendo que cada um teria uma função determinada e restrita.

Esse modelo de separação de Poderes mais parece um modelo em que os poderes são estáticos, separados, não se comunicam, e que se excluem de acordo com a sua função, não contempla um Estado democrático, além disso, de acordo com Abboud (2018, p.1129) “a separação de poderes é princípio estruturante de nossa democracia constitucional, portanto, constitui parâmetro normativo para controle e adequação de todos os atos de quaisquer poderes”, ou seja, não mais se pode pensar em separação de poderes de maneira estagnada, com um conceito permanente e que pertenceu aos tempos bem remotos, devemos pensar em uma separação de poderes a partir do cumprimento de seu papel, de limitação do poder e organização do Estado .

Partindo do pressuposto de uma Constituição democrática, e da existência de uma soberania popular, vale ressaltar a teoria discursiva de Habermas (1997, p. 232), afirmando que:

A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo de estabilização de expectativas de comportamento. A realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Sob pontos de vista da lógica da argumentação, os discursos jurídicos servem para ampliação de normas, ao passo que a racionalidade da atividade administrativa é assegurada através de discursos pragmáticos.

Destarte, sendo a soberania popular um princípio procedimental, possibilita também que assim seja fundamentado o princípio da separação de poderes em um estado de direito. Dessa maneira, a separação dos poderes pode ser entendida considerando como seu suporte uma lógica mais ampla, compreendendo à ideia da inclusão de um poder em outro, fundamentado na lógica do discurso, compreendendo na separação entre os poderes, com o Legislativo como legislador, o Judiciário aplicador das leis e o Executivo como administrador que irá executá-las, ou seja, há uma ampla distribuição de funções e possibilidades de recorrer aos diversos poderes, assim como várias maneiras de comunicação apropriadas entre eles (HABERMAS, 1997).

A Constituição de 1988 trouxe transformações e inclusões que têm como pretensão um modelo de separação de poderes dinâmico, com diálogo e cooperação entre os poderes, de maneira que cada um possa utilizar seus próprios mecanismos, que compartilhem suas autoridades e responsabilidades objetivando a eficácia da Constituição e dos direitos fundamentais nela previstos. De acordo com Campos (2016, p.307):

A Constituição de 1988 é o marco, entre nós, do “constitucionalismo cooperativo”, ao passo que a concepção ortodoxa e excludente da separação de poderes mostra-se absolutamente incompatível com esse modelo constitucional: em vez de poderes separados, é melhor a compreensão do princípio como exigindo instituições diferentes que compartilham autoridades, responsabilidades e poderes.

Levando em consideração que o princípio da separação de poderes deve ser utilizado a partir de uma harmonização e cooperação, com uma relação dialógica, e que a sociedade atual necessita dos direitos fundamentais, faz-se necessário pensar nessa nova separação de poderes visando garantir eficácia dos direitos, e esse diálogo e harmonia entre os poderes faz com que sua responsabilidade e atuação sejam reforçadas, e pensar em uma separação taxativa só aumenta uma formalidade que de nada auxilia para a eficácia dos direitos.

Campos (2016), ao falar da declaração do ECI na Colômbia, ressalta que em todas as suas declarações foram mencionados o dispositivo que tratava da separação de poderes em sua Constituição, artigo 113, pois assim sustentava mais uma vez que é de responsabilidade dos órgãos dos poderes do Estado uma colaboração de maneira harmônica para que realmente se possa alcançar sua finalidade.

Assim, o princípio da separação dos poderes não deve ser compreendido como poderes que são adversários e sim como um novo modelo que vivam em harmonia, objetivando alcançar de maneira efetiva a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e diante da omissão ou inadimplência de algum dos poderes que têm por principal responsabilidade garantir a eficácia dos direitos e garantias assegurados na Constituição, seja através de políticas públicas ou de outras medidas, o poder

provocado deverá agir, isso não significa que irá atuar como se o poder responsável fosse, e sim para instigar os demais poderes a tomar as devidas providências para que a Constituição seja cumprida.

5.3 A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e o princípio da separação de poderes

Após o julgamento das medidas cautelares da ADPF n.º 347/DF, Streck (2015) abordou em seu artigo¹⁶ que a declaração do ECI é um forma de ativismo judicial disfarçado, que a tese adotada pelo STF diante da denominação “coisas” parece ser tão abrangente que tudo e qualquer “coisa” pode ser considerada inconstitucional no Brasil e na Constituição Federal, e não é possível ter um estado democrático se os problemas são resolvidos pelas decisões judiciais, e que tal postura fere o princípio da separação dos poderes.

O que muito se questiona, de acordo com Branco e Mendes, (2017, p. 389) é se “o meio utilizado para a implementação dos direitos fundamentais-sociais foi o correto”, se o reconhecimento do ECI no sistema carcerário pelo STF tem legitimidade ou se ele agiu extrapolando seus limites. No entanto, o que também se coloca é se diante da omissão de alguns órgãos e poderes do Estado, mesmo tendo a separação dos poderes como modelo antigo, o Supremo não poderia deixar de atuar, assim não estaria configurado a violação ao princípio da separação de poderes.

Entre muitos questionamentos sobre a Constituição, devemos nos perguntar se ela é ou não do tipo dirigente, já que a própria Constituição trouxe nos atos de governança, que seria do Poder Executivo, uma governabilidade com características constitucionalizadas. Para Britto (2012, p. 94):

Vale dizer, a Constituição teve o cuidado de fazer dos três elementares Poderes da União verdadeiros elos ou pontes entre as normas-base do seu art. 2º, e as normas-fins do seu art.3º, de sorte a deixar claro que os Poderes existem para, inspirados nos fundamentos da República, prestigiando sempre tais fundamentos, concretizar os fins a que essa mesma República se destina [...]

A Constituição parece sim ser considerada do tipo dirigente, e o Poder Judiciário aguarda a atuação dos demais Poderes do Estado, para que depois de ocorrida a legislação e a execução assegurada dos direitos, de acordo com o previsto pela Constituição, ele atue, e essa formatação existe para que os comandos constitucionais, caso não ocorram, sejam garantidos pelo Judiciário, sendo que não poderá deixar de agir, haja vista, ser o poder que limita a atuação dos poderes do Estado, inclusive do seu, e tem como guardião da Constituição o STF. E quando o Judiciário atua em nada agride o princípio da separação de poderes e nem à democracia, pois em sua atuação objetiva servir a nação que colocou sua vontade na Lei Maior (BRITTO, 2012).

Na declaração do ECI no Brasil, Campos (2016, p. 308), nos traz que “o ECI pode

16 24 de outubro de 2015, páginas do Conjur.

potencializar a separação de poderes em favor da democracia”, ou seja, a cooperação entre os poderes não retira de cada um sua função principal, mas isso não significa que diante da inércia do Estado um dos poderes não possa atuar em busca de sanar tal estagnação em favor da efetiva realização dos direitos fundamentais.

De acordo com Campos (2016), quando se reconhece um ECI significa que os pressupostos foram preenchidos, podendo afirmar também que esteja ocorrendo um mal funcionamento do Estado de uma forma generalizada, e o STF é detentor de competências para exercer, diante do caso concreto o controle de omissão do Estado, e o que o instituto funciona com uma mecanismo de acesso para que sejam garantidos os direitos fundamentais, não significa dizer que o STF irá desenvolver políticas públicas, no entanto, irá atuar como um órgão que afirma a necessidade de que sejam implantadas soluções de maneira urgente pelos poderes do Estado.

No reconhecimento do ECI no Brasil, no seu voto da medida cautelar, o Relator da ADF n.º 347, Ministro Marco Aurélio, reitera que diante de tal declaração não significa que o STF esteja substituindo as funções do Legislativo e do Executivo e ofendendo o princípio da separação dos poderes, o papel do Supremo é de superar os obstáculos políticos e institucionais, devendo haver um diálogo entre os poderes do Estado e desse com a sociedade para que seja formulado e implementado soluções necessárias e eficientes, e que só será possível, se houver diálogo e cooperação entre os poderes.

Insta salientar que em outras ocasiões a Corte já sustentou o fato de que os poderes do Estado não são absolutos, e que não se pode deixar de tomar decisões para que a efetivação dos direitos ocorra, sendo também dever do Judiciário garantir a dignidade da pessoa humana, claramente violada no sistema carcerário brasileiro, e que ao atuar garantindo direitos o poder Judiciário evidencia que deve haver um equilíbrio entre os poderes, que está cumprindo sua função visando a garantia dos direitos fundamentais e velando pela supremacia da Constituição, o que não afronta o princípio da separação dos poderes.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos e garantias fundamentais devem ser assegurados a todos, independentemente de estar ou não encarcerado, e o Estado ocupa um importante papel na garantia desses direitos que estão previstos na Constituição, que por ser suprema deve ser seguida e protegida, sendo que qualquer ato ou norma que não esteja em consonância com o que ela traz não deve fazer parte do ordenamento jurídico e da sociedade.

O sistema penitenciário do Brasil há tempos, de acordo com a pesquisa feita vem violando os direitos garantidos as pessoas encarceradas, o que acarreta em grave violação à Constituição. As medidas que deveriam ser tomadas pelos diversos

poderes e órgãos do Estado, União, Estados e do Distrito Federal não ocorriam, o que só agravou ainda mais a situação de violência nos presídios e nas ruas. O que se observa é que como são direitos das minorias, o interesse em sanar tal violação quase não acontece.

Dentre os diversos problemas enfrentados pelo sistema carcerário no Brasil, evidenciou-se a falta de políticas públicas, o grande contingenciamento do dinheiro reservado para melhorias nesse sistema, assim como o descumprimento do que traz a Lei de Execuções Penais e a omissão de diversos órgãos para sanar ou diminuir o caos instalado no sistema penitenciário.

Foi através da ADPF nº 347, que se buscou discutir essa violação em massa dos direitos e garantias fundamentais e a inércia dos poderes do Estado, quando na oportunidade o PSOL, importou da Corte Colombiana o ECI, haja vista o caso do sistema carcerário do Brasil se encaixar nesse conceito que objetivava buscar uma solução para tantas omissões inconstitucionais. O reconhecimento do ECI teve seu marco histórico no Brasil, com a declaração dada pelo SFT no julgamento das medidas cautelares, além desse reconhecimento, outras decisões também foram deliberadas para que os órgão e poderes do Estado, agissem a fim de sanar o estado de descaso que vive o sistema carcerário brasileiro, o que configura grave violação aos direitos trazidos pela Constituição e ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, o que pode ser observado no Brasil é que a busca pelo Judiciário com a finalidade de garantir os direitos previstos e assegurados na Constituição só vem aumentando, e que muitos deles só podem ser garantidos mediante atuação de vários poderes e órgãos do Estado, e quando o problema já está no Judiciário, este não poderá abster-se de tentar resolver, no entanto isso faz com que a busca e a confiança nesse poder cresça consideravelmente, pois o povo já não mais busca a garantia de seus direitos nos outros poderes, por não acreditar que possa ser dado e muitas vezes por não ter alcançado esses direitos garantidos. Foi o que ocorreu quando proposta a ADPF nº 347, e com o reconhecimento do ECI pelo STF, muito se discutiu e ainda se discute, como possibilidade de a declaração violar o princípio da separação de poderes.

No entanto, faz-se necessário analisar como deve ocorrer o modelo da separação dos poderes diante de uma perspectiva contemporânea, pois segundo institui a Constituição Federal de 1988, os poderes não podem ser distantes, deve haver diálogos e cooperação, não podem ser adversários, pois mesmo que tenha ocorrido uma época de separação rigorosa entre eles, hoje é fundamental que haja uma colaboração constitucional a fim de alcançar a efetividade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed., atual. e ampl. – São Paulo:

Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6ª ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Medida Liminar. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em 02 de abril de 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

_____. Decreto nº 40, de 15 de Fevereiro de 1991. **Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradante.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

_____. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

_____. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 02 de abril de 2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

_____. Lei nº 12.562, de 23 de Dezembro de 2011. **Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12562.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999. **Dispõe sobre o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de Dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

_____. Lei nº 12.063, de 27 de Outubro de 2009. **Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

_____. Lei Complementar nº 79, de 07 de Janeiro de 1994. **Cria o Fundo Penitenciário Nacional-FUNPEN, e dá outras providências.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF–AdIn: Bloco de Constitucionalidade (Transcrições).** ADIn 595–ES. 18 de fevereiro de 2002. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1ª ed. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre faticidade e validade**. v. I. Trad.: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PSOL. **ADPF nº 347/DF (2015)**. Disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>> . Acesso em 02 de abril de 2018

RODRÍGUEZ GARAVITO , César; RODRÍGUEZ FRANCO Diana. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

RODRIGUES, Alinson Ribeiro; LIMA, Jonas Guedes de. Acesso à justiça: ativismo judicial como garantia de acesso à políticas públicas. In: **XXVI Encontro Nacional dos Conpedi Brasília – DF**. Direitos sociais e políticas públicas I. Coordenadores: Juvêncio Borges Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/2070z86p/W1e90q287468z1Zd.pdf>> Acesso em: 14 de maio de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. In: **Conjur - Consultor Jurídico**, 24 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em : 7 de maio de 2018.

O CONCEITO JURÍDICO DE DANO RESSARCÍVEL

Daniel Deggau Bastos

Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis – Santa Catarina

RESUMO: O estudo do dano ressarcível, verdadeiro eixo da responsabilidade civil, vem suscitando, de uns tempos para cá, algumas controvérsias de um certo relevo. A literatura jurídica brasileira, ao se dedicar ao assunto, costuma apresentar os requisitos para verificação do dano, mas não aborda com maiores profundidades o seu conceito jurídico. Este trabalho pretende expor as diferentes concepções de dano ressarcível, sobretudo a partir da literatura jurídica argentina, com destaque à imprescindibilidade das repercussões da lesão a um interesse jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Dano ressarcível. Fundamentação teórica.

THE CONCEPT OF DAMAGE

ABSTRACT: The study of the legally relevant damage, main aspect of the civil liability, has been causing, in the recent past, controversies quite significant. Brazilian authors usually study the requirements of the damage without mentioning its different conceptions. This paper brings an overview of the different conceptions of damage, with an emphasis to the indispensable

injury repercussions and the infringement of a protected right.

KEYWORDS: Liability. Damage. Theoretical ground.

1 | INTRODUÇÃO

De acordo com o Dicionário Aurélio, dano – do latim *damnu* – pode ser definido de três maneiras: 1. Mal ou ofensa pessoal; 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus; 3. Estrago, deterioração, danificação (FERREIRA, 1999, p. 604).

Tal definição ampla e imprecisa do conceito de dano – não jurídico – é justificada. No cotidiano, dano é palavra polissêmica e pode ser empregada de diferentes maneiras, funcionando como ofensa pessoal, prejuízo, detrimento, dor, estrago, ou deterioração.

Com tal amplitude, a vida cotidiana passa a ser uma fonte incessante de danos: conseguir um emprego na disputa com terceiros; comprar os últimos bilhetes de um espetáculo, impedindo que outras pessoas possam consegui-los; captar os clientes de um competidor por prestar melhores serviços, sem utilizar mecanismos ilegítimos (COSTA, 2005, p. 61).

A depender da amplitude do conceito a ser conferido, todos estes exemplos seriam fontes causadoras de dano.

No entanto, à Ciência do Direito pouco importa o conceito leigo de dano. Interessa a ela o dano ressarcível, pressuposto da responsabilidade civil, aferido da teoria geral do dano. De acordo com Agostinho Alvim, “a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável” (ALVIM, 1972, p. 172).

Clóvis do Couto e Silva, ao traçar estudo sobre o conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado, ensina que “sem que se estabeleça a noção de dano, não se pode ter uma ideia exata da responsabilidade civil num determinado país” (2015, p. 333).

Matilde Zavala de González leciona que a noção sobre o dano não pode se divorciar de sua qualidade como ressarcível, ou seja, dano suscetível de uma compensação destinada ao afetado (à vítima). Para a doutrinadora, a compreensão do dano ressarcível deve partir, antes de tudo, do fim perseguido, que é a reparação do prejuízo experimentado pela vítima (2009, p. 1).

Do mesmo modo, Schreiber reconhece que o dano em sentido jurídico não poderia equivaler ao dano em sentido material, ou seja, ao prejuízo na acepção comum do termo, já que prejuízos podem ser lícitos e irreparáveis, como a lesão física causada por uma intervenção cirúrgica (2013, p. 104).

Em seu sentido jurídico, especialmente no âmbito da responsabilidade civil, o dano não prescinde de uma delimitação técnica. Não são poucas as confusões que circundam este instituto. Por isso, parece não continuar válida a afirmação de Aguiar Dias quando menciona que o dano é um dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil que suscita menos controvérsia.

De todo modo, dentro do contexto do direito de danos, vale trazer as lições de Maria Celina Bodin de Moraes:

A responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços (MORAES, 2003, p. 12).

O dano, portanto, constitui elemento essencial à configuração da responsabilidade civil. A premissa, inevitável e inafastável, é de que não há responsabilidade civil sem dano. Dada a sua relevância ímpar no estudo da responsabilidade civil, voltada – atualmente – não mais para a apuração do ato ilícito, mas para a reparação do dano sofrido pela vítima, convém prestar ainda mais atenção na análise dos conceitos dogmáticos.

O tópico a seguir buscará apresentar algumas posturas a respeito do conceito de dano indenizável.

2 | O DANO COMO LESÃO A INTERESSE JURÍDICO

Por se saber que o conceito de dano não é “dado, mas sim construído” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 12), ganha maior destaque o rigor técnico empreendido pela literatura jurídica argentina quando aponta diferentes posturas para entender o dano. Dessa sofisticada discussão surge a compreensão do significado de dano

Carnelutti foi quem, com meridiana precisão, determinou que o dano era muito mais do que a lesão a um bem, para passar a ser a lesão a um interesse do lesado. Ao se preocupar em demonstrar, as noções de bem e interesse, o autor italiano não confunde o dano com a abolição ou diminuição de um bem da vida. Para ele, o dano está relacionado com a idoneidade do bem para satisfazer as necessidades do prejudicado (CARNELUTTI, 1930, p. 9-14).

Para Calvo Costa, mostra-se equivocada a corrente que visualiza o dano na mera supressão ou alteração de um bem (jurídico), pois o Direito não protege bens em abstrato. De acordo com ele, inspirado nas lições de Carnelutti, caso uma pessoa seja furtada em certa quantidade de dinheiro, não é porque a coisa (o dinheiro) se extinguiu ou saiu de circulação que há dano, mas sim porque desapareceu do bolso da vítima. Ou quando alguém destrói a casa de outro, o dano não é dado pela transformação do bem, e sim pela (ini)idoneidade de esse bem satisfazer ou não as necessidades da vítima (2005, p. 290).

Na doutrina francesa, Le Tourneau cita o caso de um imóvel que estava prestes a ser demolido, mas acaba sendo destruído por um caminhão pesado que sai da estrada. Como o acidente não causou prejuízo ao proprietário do imóvel, pelo contrário, o poupou do trabalho de realizar a demolição, não há que se falar em dano, pois, apesar do efetivo prejuízo ao bem, não houve efetiva lesão a interesse jurídico (1998, p. 194).

Rejeita-se, portanto, a postura que pretende identificar o dano ressarcível à lesão a bem jurídico, no sentido de modificação do estado material das coisas, pois tal visão coincide com o conceito vulgar de dano. Como se verá, o Direito se preocupa com a tutela da idoneidade de bens que satisfaçam necessidades humanas.

Aguiar Dias chama atenção para a advertência de Carnelutti de que o direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra a que, de acordo com a ordem jurídica, deva ser evitada ou reparada (DIAS, 2012, p. 820-821). Para esta corrente, composta por diversos estudiosos, o dano é a lesão a interesses jurídicos patrimoniais ou extrapatrimoniais, de tal modo que será patrimonial ou moral de acordo com a índole do interesse afetado (COSTA, 2005, p. 70).

Por interesse jurídico entende-se a possibilidade de que uma ou várias pessoas possam ver satisfeitas suas necessidades mediante um bem ou bens determinados. O que o Direito vai tutelar são as situações particulares de cada uma das pessoas, pois o interesse nada mais é do que a relação entre o sujeito que experimenta essa necessidade e o bem apto para satisfazê-la (COSTA, 2005, p. 72).

O objeto do dano se identifica com o objeto da tutela jurídica que, conseqüentemente, é sempre um interesse humano. E esta tutela por parte do Direito se dá de duas maneiras: fazendo prevalecer um interesse frente a outro que se lhe opõe ou o subordinando frente a outro que prevalece, mas impondo ao mesmo tempo a necessidade de que esse sacrifício seja compensado de algum modo (idem, p. 71).

Por sua vez, Pontes de Miranda lembra que “à base do dever de indenizar está o interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano. (O interesse, de que aqui falamos, é o interesse de direito material, e não o interesse pré-processual, que consiste na necessidade da tutela jurídica, conceitos que alguns juristas lamentavelmente confundem)” (MIRANDA, 1989, p. 206).

Para Calvo Costa, todo aquele dano simplesmente naturalístico – que consista unicamente em um simples menoscabo a bens – não faz jus à reparação. Se o bem sobre o qual recai a lesão física não satisfaz um interesse humano, não existe dano jurídico. É que o Direito não tutela os bens em si mesmos, considerados abstratamente, mas sim na medida em que satisfaçam um interesse humano (2005, p. 72).

Qualquer detrimento a um bem que não pertença a nenhuma pessoa (*res nullius*), e que não afete nenhum interesse, jamais provocará a reação do sistema jurídico, posto que não haveria interesse jurídico lesionado e, por conseqüência, nenhuma pessoa revestida do caráter de titularidade (ZANNONI, 2005, p. 50). Por isso é que Pontes de Miranda indica ser importante definir quem sofre o dano, e não qual o dano, pois o dano ao patrimônio não é ao bem corpóreo ou incorpóreo como tal, mas ao patrimônio de alguém. Deixa claro que “o dano ao peixe que não é de ninguém não é ressarcível; nem o é ao pássaro, que poderia ser apanhado pelo transeunte ou quem tenha alçapão. Por isso que a proteção é da pessoa, e não do bem [...]” (2012, p. 404-405).

Para ilustrar a matéria, Calvo Costa explica que o Direito não tutela o imóvel em si mesmo, mas sim a possibilidade que o seu proprietário tem de satisfazer através dele suas necessidades. Possibilidade esta que os outros – não proprietários – não teriam, por não serem os donos do imóvel. Quando se afeta a esfera jurídica do sujeito, por exemplo, o gozo da propriedade sobre a qual poderá exercer uma faculdade, existirá dano (2005, p. 73).

Com a mesma lógica, ou seja, em termos de verificação de prejuízo sem violação a interesse jurídico protegido, vale trazer o exemplo citado por Schreiber: “Se, por exemplo, durante a fuga, um ladrão tem sua parte no fruto de um roubo subtraída por seu comparsa, não há dúvida de que sofreu um prejuízo, mas, se promover ação de responsabilidade por danos materiais, sua demanda será rejeitada, já que tal prejuízo, não sendo tutelado sequer abstratamente, juridicamente não configura dano (SCHREIBER, 2013, p. 164-165).

Zannoni, ao questionar o que opõe a vítima ao exigir sua reparação, responde que se trata de um interesse patrimonial ou extrapatrimonial que haja sofrido uma lesão ou agravo. Para que se possa dizer que existe um interesse lesionado é

imprescindível que a vítima demonstre que o prejuízo afeta, impossibilita, em sua esfera própria, a satisfação ou gozo de bens jurídicos (em sentido lato) sobre os quais exercia uma faculdade de atuar. Tal faculdade de atuação na esfera própria da vítima constitui seu interesse; o dano lesionou esse interesse (2005, p. 50-51).

3 | O DANO DEFINIDO POR SUAS REPERCUSSÕES OU RESULTADOS

Esta corrente também nega a vinculação do dano a mera lesão a bens jurídicos. De outro lado, defende que o dano não se identifica somente com a lesão a um interesse jurídico, pois, em verdade, o dano seria a consequência prejudicial que se desprende da aludida lesão. Quer dizer, entre a lesão e o prejuízo existe uma relação de causa e efeito, e o dano ressarcível seria esse último (COSTA, 2005, p. 79).

De acordo com Bustamante Alsina, o dano consiste no prejuízo ocasionado a um interesse privado que tenha relevância para estar sujeito a ressarcimento quando goza de tutela jurídica (1993, p. 238).

Neste ponto, vale chamar a atenção às críticas doutrinárias contra a permanência do dano como requisito do ato ilícito (art. 186 do Código Civil - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito). De acordo com Noronha, é evidente que a referência ao dano extrapola a noção de ato ilícito, pois, como se viu, não é sempre que os atos ilícitos causam danos (NORONHA, 2013, p. 382).

O mesmo autor, muito embora defina – em um primeiro momento – que “o dano é o prejuízo gerado num bem, isto é, numa coisa, ou no corpo ou alma de uma pessoa”, dá conta de alumiar que “na relação do dano com o bem violado, é conveniente ressaltar que aquele não é propriamente a violação deste, e sim a consequência prejudicial resultante dessa violação. A violação do bem, em si mesma, configura o fato antijurídico, assim considerado todo fato que se coloque em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas [...]” (2013, p. 580).

Na doutrina francesa, Philippe le Tourneau afirma que “uma coisa é a lesão, a ofensa, como a dos corpos (dano corporal), das coisas (dano material), dos sentimentos (dano moral); outra coisa são as repercussões da lesão, da ofensa, repercussões sobre o patrimônio, repercussões sobre a pessoa da vítima, sobre os seus haveres (prejuízo patrimonial) e sobre o seu ser (prejuízo extrapatrimonial)” (1998, p. 196).

Na doutrina brasileira, Antônio Jeová dos Santos, ainda que restringindo seu estudo ao dano moral, critica a teoria que confunde o dano moral com a afetação a direitos da personalidade. Segundo o autor, se a quantificação do dano moral é o *punctum pruriens* de todo o estudo dogmático do dano moral, a aceitação dessa teoria estaria jogando com mais um dado complicador, pois a concepção do dano moral, como lesão a direitos personalíssimos, conduz a soluções inimagináveis no momento

da indenização. Se o que vai definir o dano é a própria lesão – o atingimento da personalidade – a indenização deveria ser praticamente idêntica para cada espécie de lesão. Por isso, o que de fato determina o dano moral indenizável é a consequência, isto é, o resultado que do ato dimana. Não é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca. Reduzindo o dano ressarcível à lesão mesma, o fato em si é que seria indenizado (2015, p. 62).

Apesar da riqueza de detalhes encontrados nessa discussão, a suposta antinomia das teorias justificadoras descritas parece estar vencida pela convergência dos ideais de seus próprios defensores. O próximo tópico descreverá algumas críticas lançadas às teorias, mas também a possibilidade de convergência das ideias levantadas para a compreensão do conceito de dano ressarcível.

4 | A CONFLUÊNCIA DAS DUAS TEORIAS

Alberto Bueres, defensor da teoria que encara o dano como lesão a interesse jurídico, entende que a problemática do dano deve residir no *interesse lesionado* e não nas consequências danosas que a lesão provocou. O autor parte, portanto, da linha de que o dano é um *conceito unitário* (2001, p. 286).

Zavala de González responde às críticas de Bueres ao afirmar que a afetação anímica ou a minoração econômica não são consequências do dano, mas o dano em si mesmo, que consiste e se esgota nelas. E se as consequências ficam fora do conceito de dano haveria que se alterar a linguagem: *o fator determinante do ressarcimento não seria o dano, mas sim residiria em algo posterior e alheio: as consequências do dano* (2009, p. 14-15).

Para a doutrinadora, a objeção fundamental que suscita a teoria que faz coincidir o dano com a matéria lesionada – seja referente ao direito violado, seja ao interesse afetado – é que não atenta ao prejuízo em si mesmo, mas – como já dito – à sua proveniência. Com isso, e de algum modo, o dano ressarcível seria reduzido à antijuridicidade.

Sin embargo, cuando el Derecho se ocupa de reparar, no es relevante el exclusivo mal que entraña la lesión, intrínsecamente considerada, sino *las concretas consecuencias* – económicas o espirituales – que aquélla infiere a la víctima.

Si resarcir es compensar por el perjuicio o bien satisfacer de algún modo a quien lo ha sufrido, es preciso que consista en un núcleo que pueda ser compensado o neutralizado, y cuya existencia permita (y exija) brindar una satisfacción al sujeto pasivo. Esa posibilidad lógica y práctica, no concurre si nos detenemos en la lesión, prescindiendo de sus proyecciones.

Si lo que decidiera la existencia y extensión del daño fuese el bien o interés violado, la indemnización debería ser más o menos uniforme para cada especie de lesión; por ejemplo, porque la vida o integridad física de un hombre o los intereses ligados a ella valen tanto como la de otro cualquiera. Sólo apreciando las repercusiones verificables en cada caso y conforme con las circunstancias particulares del hecho

Nessa linha de pensamento, o critério objetivo e abstrato do dano conduziria a uma derivação não desejada pelos seus defensores: a *tarifação* das indenizações e o afastamento da realidade a que a responsabilidade civil quer servir, que é compensar o dano (2009, p. 6).

De todo modo, Calvo Costa assevera que não existem discrepâncias entre as correntes. Elas são, em verdade, homogêneas e complementares. Para o autor, que segue a trilha de seu orientador de Bueres, a plataforma de partida deve ser o interesse, posto que, quando o intérprete ou o legislador selecionam os danos ressarcíveis, apreciam os interesses dos sujeitos. E, em um segundo momento, quando da fixação do ressarcimento, se devem apreciar as consequências e definir o *quantum* a ser indenizado, já que não basta a simples menção de que houve lesão a um interesse protegido (2005, p. 94). Em suas palavras:

Por ello creemos que el correcto significado del daño debe apreenderse partiendo de que la afectación del interés tutelado constituye su esencia y que las consecuencias no constituyen más que su contenido; y si bien las consecuencias poseen la misma naturaleza del interés afectado, sólo son el contenido del daño y las que determinan el quantum a resarcir (2005, p. 94)

Ademais, o próprio Alberto Bueres não esquece que o interesse protegido deve ter correspondência com a consequência produzida, vez que o interesse não é abstrato ou carente de conteúdo e que todo dano produz uma consequência (2001, p. 294).

As consequências são necessárias para a existência do dano, segundo Calvo Costa. Se não são violados interesses jurídicos que causam sequelas no patrimônio ou no espírito, não caberá reparação indenizatória alguma (COSTA, 2005, p. 90).

Neste ponto, merece destaque a posição do autor. Há o expresso reconhecimento de que não basta a violação do interesse jurídico, uma vez que é necessária a consequência prejudicial para a verificação do dano. Consagram-se, assim, duas figuras autônomas tratados por dois enfoques diferentes para analisar o problema. A consequência prejudicial é autônoma em relação à lesão ao interesse jurídico.

Como exemplo, cite-se a entrada abusiva no fundo do imóvel alheio sem causar prejuízos ao cultivo ou produção. Lesionou-se o interesse do proprietário do imóvel de não sofrer imissões ou invasões, pois reservado ao seu uso exclusivo, mas não há que se falar em efetivo prejuízo (COSTA, 2005, p. 74).

Na literatura brasileira, Anderson Schreiber, ao se propor a investigar a seleção dos interesses mercedores de tutela, se debruça sobre o critério da dor, comumente utilizado pela doutrina e jurisprudência. Indica que “é justamente da confusão com a dor, que deriva, em larga medida, o engano de se tomar o dano moral não como a

lesão a um interesse extrapatrimonial, mas como a consequência extrapatrimonial da lesão a um interesse qualquer” (2013, p. 133).

Vale trazer, ainda, sua posição a respeito do masoquista, do insensível e daquele que padece de hipoalgesia. Para Schreiber, estes também fazem jus à reparação do dano moral.

O masoquista, o insensível e o que padece de hipoalgesia também fazem jus à reparação do dano moral. Embora pitoresca, a constatação revela que reconhecer validade ao critério da dor implica em desnecessárias discussões acerca, por exemplo, da reparabilidade do dano moral decorrente de lesão extrapatrimonial (física, à honra etc.) causada a paciente em coma. A toda evidência, a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial (2013, p. 133).

Essa visão, ao que tudo indica, leva ao extremo a concepção de dano moral como lesão a interesse extrapatrimonial, pois deixa de analisar, em absoluto, as consequências sofridas efetivamente pela vítima, o que é negado pela própria doutrina que se debruça sobre o tema.

Se fosse assim, poder-se-ia chegar a conclusões de difícil aceitação: tome-se o exemplo de pessoa em coma que vem a sofrer um corte profundo em sua perna por descuido da equipe de enfermagem. Se durante o período em que a vítima não acordar, a cicatrização é bem-sucedida (não há sinal de corte ou resquícios do acidente), há que se falar em dano moral pela lesão à integridade física do paciente? O simples fato de se realizar corte na perna, neste caso, gera dano moral? Veja-se que não se está a tratar de outras espécies de lesão a interesses jurídicos: é evidente que lesões à honra geram danos morais inclusive a pacientes em coma ou masoquistas (BASTOS, 2017, p. 45).

Mais precisa, portanto, é a opinião de Calvo Costa, o qual, mesmo se posicionando pela terceira corrente, condiciona a análise à apreciação das consequências, já que não basta a mera menção de que se lesionou um interesse (2012, p. 219-227).

Ainda assim, convém trazer a ressalva feita pelo próprio Schreiber ao definir que não basta a alegação em tese de lesão:

Muito ao contrário, a definição de dano aqui defendida, como lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, sempre se afastou de sua configuração como violação em abstrato, centrando-se sobre a sua concreta afetação. Assim como para haver dano patrimonial não basta à vítima demonstrar que o réu agiu de forma antijurídica, trazendo risco à propriedade alheia, cumprindo-lhe provar que o seu patrimônio foi concretamente afetado, para haver dano extrapatrimonial não é suficiente que a vítima prove ter o réu se conduzido de forma a causar risco à sua privacidade, imagem, integridade física etc. Exige-se a prova da concreta afetação (rectius: lesão) da sua privacidade, da sua imagem, da sua integridade física ou de qualquer outro aspecto da sua personalidade (SCHREIBER, 2013, p. 206).

De todo modo, Zavala de González propõe um diálogo com as outras teorias em duas de suas obras. Em uma delas, afirma que se recluso em discussão de âmbito acadêmico a distinção sobre se o dano reside na lesão a um interesse ou no próprio prejuízo que se produz. Se a corrente que conceitua o dano como lesão a interesse se vale da análise dos efeitos nocivos para a efetiva quantificação dos danos, e não somente da pura lesão a interesses, pode-se dizer que há uma afortunada coincidência indenizatória entre posturas dessemelhantes (2009, p. 8). A autora cordobesa indica que Calvo Costa está a salvo de censura quando afirma que não são discrepantes, mas sim complementares as posturas que definem o dano como lesão a um interesse ou pelas consequências da lesão (2009, p. 9). Em suas palavras:

En conclusión, cualquiera que sea la noción genérica sobre daño, en materia resarcitoria hay que valorar las proyecciones desfavorables de la lesión para la víctima. Este enfoque conduce a soluciones indemnizatorias más ajustadas, al margen de que determinadas lesiones producen de ordinario determinados efectos nocivos (que por eso muchas veces se presumen) y de que tales efectos se acercan cuando aquéllas coinciden en la situación de las víctimas, o sea, salvo contextos que redimensionen o amengüen la entidad de sus perjuicios.

La consideración ensamblada de las lesiones y de sus consecuencias es, por lo tanto, el mejor camino hacia la justa reparación de los daños morales, y permite una sistematización indemnizatoria más idónea (2009, p. 9-10).

Essa postura mais conciliatória, constante do livro “*Resarcimiento del daño moral*”, publicado em 2009, foi reforçada na obra “*Disminuciones psicofísicas*”, publicada no mesmo ano. No entanto, nesta última, Zavala de González traz algumas anotações mais precisas. Em resposta a Bueres, quando este afirma que não existem razões para se compreender o dano a partir de critério bifrontal, admite que a noção genérica de dano se vincula à lesão a um interesse, mas afasta a introdução de outra noção mais específica em relação ao dano ressarcível. Esta razão existe e possui índole funcional, operativa, realista e pragmática. Toda construção técnica deve ser instrumental. Por isso, nada impede (pelo contrário, é justificável) que, aceitando-se aquele conceito amplo sobre o dano, se venha a ajustar o conceito preciso do dano ressarcível quando se ingressa na órbita científica particular da responsabilidade ressarcitória (2009, p. 8).

Por fim, Zavala de González alerta que a dita complementariedade das posturas não guarda compatibilidade doutrinal de modo genérico. Após citar Zannoni, que nem sempre exige a produção de resultados nocivos, pois entende que em alguns casos basta a lesão ao interesse, prescindindo por completo das consequências, conclui:

Con prescindencia de tales errores resarcitorios, nuestro enfoque se mantiene a pesar de que, en cambio, se arrije a aquella otra afortunada coincidencia práctica, según la cual la cuantificación se decide por los efectos nocivos y no por la pura afrenta al interés. Pues ello mismo evidencia que la disquisición a este último respecto, que identifica la lesión con daño resarcible, por más atinada que fuese in genere, habría quedado recluida a un ámbito puramente especulativo o académico,

Percebe-se, portanto, que a concepção de dano ressarcível, muito embora guarde grandes discussões, lastreadas em sofisticadas doutrinas, consegue chegar a determinado denominador comum. Parece mais correta a postura encabeçada por Zavala de González, pois identifica o dano nas consequências prejudiciais, naquilo que realmente importa para a reparação do prejuízo sofrido pela vítima. Dano é a consequência prejudicial oriunda de um fato antecedente: a lesão a um interesse jurídico tutelado. Todavia, não se pode negar que a teoria que consagra o dano na lesão a interesse jurídico – se compreendida a necessidade de investigação das consequências do dano para a aferição do quantum indenizatório – produz a mesma consequência prática da teoria aqui defendida.

5 | CONCLUSÃO

O presente artigo tratou de determinados aspectos do dano ressarcível, destacando-se a sua importância como verdadeiro eixo – e não como um mero elemento – da responsabilidade civil. Da exposição das suas diferentes concepções, com especial referência à literatura jurídica argentina, verificou-se a existência de rica discussão sobre as teorias fundamentadoras do dano.

De início, para se obter o perfil apropriado do dano, tiveram de ser superadas as posições fenomênicas que visualizavam o dano como um prejuízo a bens (modificação da realidade material). Quer dizer, afastou-se o conceito jurídico de dano como lesão a bem jurídico, compreendido pelas simples mudanças naturalísticas e passou-se a utilizar a noção de interesse jurídico.

A doutrina, ao trazer a noção de interesse jurídico tutelado – a idoneidade de algum bem jurídico satisfazer alguma necessidade humana – tornou o debate a respeito do dano mais sofisticado, mas não imune a críticas.

Alguns estudiosos do tema optam por determinar a substância do dano ressarcível a partir das repercussões da lesão, e não da sua origem. Assim, o dano só recebe o caráter ressarcível quando produzir alguma consequência ou repercussão desvaliosa no patrimônio (dano patrimonial) ou nas afeições legítimas de alguma pessoa (dano moral). Não basta, portanto, a lesão a um interesse jurídico. É necessária a existência de uma consequência apreciável, a partir de certa ótica de valores. A ressarcibilidade do prejuízo exige que este se integre com o resultado desvalioso que a reparação procura compensar.

Dessa divergência doutrinária, optou-se, neste trabalho, por reconhecer o dano no prejuízo decorrente da lesão a interesse jurídico, e não na lesão em si ao interesse jurídico. De todo modo, não se pode negar que é possível a convergência das correntes doutrinária se a teoria que consagra o dano na lesão a interesse jurídico

levar sempre em consideração a necessidade de investigação das consequências do dano para a aferição do *quantum* indenizatório. Quer dizer, apesar das eventuais falhas na construção teórica da corrente que enxerga o dano na lesão ao interesse jurídico, se levadas em consideração as consequências (prejuízos), a consequência prática, para fins de responsabilização civil, seria a mesma.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Daniel Deggau. **A perda do tempo como categoria indenizatória autônoma**: terminologia jurídica e coerência sistemática. 2017. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Estado de Santa Catarina, Florianópolis.

BUERES, Alberto J. **Derecho de daños**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

COSTA, Carlos A. Calvo. **Daño resarcible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. El significado y las especies de daño resarcible. *Revista de Derecho de Daños* 2012-3. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, diciembre 2012, p. 193-227.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atualizada de acordo com o Código Civil de 2001, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumn Juris, 2012.

LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. **Droit de la Responsabilité**, Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998.

LIMA, Alvino. **Da Culpa ao Risco**. [S.l]: [S.N], [1942?].

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1989.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Direito das Obrigações: fatos ilícitos e responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIV. Direito das Obrigações: danos à pessoa e acidentes do trabalho. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Buenos Aires: Depalma, 1967.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA. Clóvis Veríssimo do Couto e. **O conceito de dano no direito brasileiro e no direito comparado**. RT. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 2, p. 333-348, jan./mar. 2015.

ZANNONI, Eduardo. A. **El daño em la responsabilidade civil**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, **Resarcimiento del daño moral**. Buenos Aires: Astrea, 2009.

_____. **Resarcimiento del daño moral**. Buenos Aires: Astrea, 2009.

CONCENTRAÇÃO DE RENDA E DEMOCRACIA

Lafaiete Luiz do Nascimento

Universidade Tiradentes, lafaluiz@gmail.com

RESUMO: Neste trabalho analisa-se, ainda que em linhas gerais, as consequências da concentração de renda no processo democrático, bem como a ingerência do poder econômico na atividade legislativa e no processo eleitoral. Metodologicamente, a pesquisa se valeu do método exploratório, por meio de consulta a artigos científicos e obras doutrinárias. Em considerações finais, conclui-se que o Brasil carece de um pensar coletivo, uma identidade de construção nacional, que afaste os interesses destinados a pilhar riquezas públicas, que mitigue a ingerência do lobby das corporações nacionais e multinacionais no Parlamento, para que ganhe proeminência um agir fraterno e solidário, em prol da construção de uma nação verdadeiramente plural, em que se sobressaiam o apoio a políticas de inclusão social.

PALAVRAS-CHAVE: Concentração de renda; Poder econômico; Democracia.

CONCENTRATION OF INCOME AND DEMOCRACY

ABSTRACT: In this paper, we analyze, although broadly, the consequences of income

concentration in the democratic process, as well as the interference of economic power in the legislative activity and in the electoral process. Methodologically, the research used the exploratory method, by consulting scientific articles and doctrinal works. Brazil lacks a collective thinking, a national construction identity, that distances the interests destined to plunder public wealth, that mitigate the interference of the lobby of the national and multinational corporations in the Parliament, so that a fraternal and solidary act takes precedence, for the sake of the construction of a truly plural nation, in which support for social inclusion policies stands out.

KEYWORDS: Income concentration; Economic power; Democracy.

1 | INTRODUÇÃO

Um importante relatório divulgado em janeiro de 2017 pela ONG britânica Oxfam no Fórum Econômico Mundial, em Davos, na Suíça, constatou que dois problemas afetam a economia mundial: a concentração da riqueza nas mãos de poucos e o aumento da pobreza extrema. A pesquisa revela que oito bilionários no mundo têm juntos a mesma quantidade de dinheiro que 3 bilhões e 600 milhões de pessoas, a metade da população mais pobre

do planeta. No Brasil, a proporção se repete. Apenas seis homens acumulam a mesma riqueza de 100 milhões de brasileiros ou seja mais da metade da população mais pobre do país (Oxam, 2017).

Segundo o levantamento da Oxfam, um terço do patrimônio dos mais ricos do planeta origina-se em herança e 43% surge de privilégios concedidos por governos, como isenção fiscal, baixa tributação e incentivo para investimentos empresariais.

No Brasil, a concentração de renda detectada pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) – Rendimento de todas as fontes, de 2017, a cargo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, atestou que os 10% da população com os maiores rendimentos detinham 43,3% da massa de rendimentos do país, enquanto a parcela dos 10% com os menores rendimentos detinha 0,7% desta massa. As pessoas que faziam parte do 1% da população brasileira com os maiores rendimentos recebiam, em média, R\$ 27.213, em 2017. Esse valor era 36,1 vezes maior que o rendimento médio dos 50% da população com os menores rendimentos. Na região Nordeste essa razão foi de 44,9 vezes e na região sul, 25 vezes. (Agência de Notícias IBGE, 2018)

Em países de todo o mundo, esse quadro se repete. Em 2017, pesquisas realizadas pela Oxfam (2017) e outras entidades revelaram que na Nigéria, os juros recebidos pelo homem mais rico sobre sua fortuna em um ano seriam suficientes para retirar duas milhões de pessoas da pobreza extrema. A despeito de quase uma década de crescimento econômico robusto na Nigéria, a pobreza aumentou ao longo do mesmo período no país.

As pesquisas da Oxfam revelaram também que na Indonésia os quatro homens mais ricos concentram mais riqueza que as 100 milhões de pessoas mais pobres; as três pessoas mais ricas dos Estados Unidos detêm a mesma riqueza que a metade mais pobre da população do país (cerca de 160 milhões de pessoas); e, no Brasil, uma pessoa que ganha um salário mínimo precisaria trabalhar 19 anos para ganhar o mesmo que uma pessoa do grupo do 0,1% mais rico ganha em um mês.

Pretende esse trabalho examinar, ainda que em linhas gerais, a influência da concentração de renda na democracia brasileira, por meio da interferência de instituições privadas no poder público, abuso de poder econômico no processo eleitoral e obstáculos à aprovação de projetos de lei e reformas constitucionais reclamadas há muito por movimentos sociais, partidos políticos, sindicatos e entidades públicas e privadas.

Para a confecção deste artigo, foi utilizado a abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, com revisão da literatura existente, por meio de pesquisa em artigos científicos e obras doutrinárias.

2 | CONCENTRAÇÃO DE RENDA E DEMOCRACIA

A livre expressão política por meio do direito ao voto é um dos pilares do regime democrático em todo o mundo, principalmente nas sólidas democracias ocidentais, a despeito da também acertada reflexão de Amartya Sen:

(...) a própria eficácia das votações depende fundamentalmente do que as acompanha, como a liberdade de expressão, o acesso à informação e a liberdade de discordância. Por si só, o voto secreto pode ser completamente inadequado, como mostram abundantemente as insólitas vitórias eleitorais de tiranias que governam regimes autoritários, no passado e nos dias de hoje, como por exemplo na atual Coreia do Norte.” (SEN, 2009, p. 269)

A pertinência de se defender a restauração plena da democracia justifica-se: no vácuo das liberdades políticas fundamentais, podem vicejar regimes de exceção. A memória recente do regime militar faz-nos lembrar da necessidade de rechaçar qualquer espécie de obscurantismo, principalmente observando as características que cercam o cenário eleitoral de 2018. Convém jamais esquecer a lição de Hannah Arendt:

Os Estados totalitários procuraram constantemente, embora nunca com pleno sucesso, demonstrar a superfluidade do homem. (...) A tentativa totalitária de tornar supérfluos os homens reflete a sensação de superfluidade das massas modernas numa terra superpovoada. (ARENDDT, 2004, p. 508).

Ao ponderarmos os prós e os contras da democracia, devemos reconhecer devidamente que o fascínio pela “governança participativa” apareceu e reapareceu, com certa consistência, em diferentes partes do mundo. Para Sen (2004, p. 267-8), não foi certamente uma força irresistível, mas em muitas partes do mundo desafiou, de maneira persistente, a crença irrefletida no autoritarismo como objeto inamovível. Em sua elaborada forma institucional, a democracia pode ser muito nova no mundo — é praticada por não mais do que duzentos anos; contudo, ela expressa uma tendência na vida social com uma história muito mais longa e difundida. “Os críticos da democracia — não importando quão vigorosamente a rejeitem — precisam achar alguma forma de enfrentar o profundo fascínio pela governança participativa, que continua sendo relevante atualmente e muito difícil de erradicar.” (SEN, 2004, p. 267-8)

Esclarece-se que governança participativa é a denominação dada à parceria efetiva entre estado, sociedade civil e o setor privado onde todos são corresponsáveis pela promoção do bem-estar social.

Discorrendo sobre o modelo individualista de organização do sistema jurídico brasileiro, Jaborandy (2016) tece consideração oportuna: poucos foram os anos de vivência democrática no Brasil, se comparados aos períodos de regimes tirânicos. “Os regimes déspotas ao longo de tantos anos e a imatura ideia de democracia encontram

ressonância no modo de criação e aplicação do direito já que a ausência de cultura democrática resvala na escassa cultura constitucional.” (JABORANDY, 2016, p. 49).

Entendemos haver riscos para o processo democrático como consequência da agressiva concentração de renda. No Brasil, agentes financeiros e forças políticas que representam grupos econômicos específicos, nacionais e estrangeiros, intervêm reiteradamente no Parlamento, impedindo aprovação de reformas essenciais, como a política e a tributária. E, ademais, por diversas razões, o Brasil já experimenta claramente restrições no processo democrático; há um progressivo recrudescimento do obscurantismo, após o injustificado impeachment de 2016, ao qual se seguiram lances de duvidosa legalidade, por meio da chamada Operação Lava Jato.

A despeito de qualquer consideração anterior sobre o capitalismo e seu modelo de produção, entre 1988 e 2011 os rendimentos dos 65% mais pobres aumentaram apenas 165 dólares, enquanto os rendimentos dos 10% mais ricos cresceram em média 11.800 dólares – uma diferença de mais de 182 vezes. (Oxfam, 2017)

Para entender a concentração de renda, deve-se observá-la dentro da lógica do capitalismo, em que a acumulação de capital é necessária, trata-se de um fator *sine qua non* para sua constituição e sobrevivência – sem concentração não existe capitalismo.

Contudo, o relatório da Oxfam aponta que a desigualdade de renda vem acentuando cada vez demais. O estudo, feito com base em dados do Credit Suisse Wealth Report 2016 e na lista de milionários da revista Forbes, aponta que os 50% mais pobres da população mundial detêm menos de 0,25% da riqueza global líquida. São em torno de 3 bilhões de pessoas que vivem abaixo da "linha ética de pobreza" definida pela riqueza que permitiria que as pessoas tivessem uma expectativa de pouco mais de 70 anos.

Mesmo os setores que creem no capitalismo e na lógica dos mercados concluem que não está correta essa concentração; além do problema moral, os dados constantes do relatório desvelam questões preocupantes: a democracia e suas instituições são fragilizadas com tão agressiva acumulação.

No sistema capitalista as atividades são naturalmente predatórias; as pessoas precisam se proteger das flutuações e corriqueira instabilidade, o que resulta em um sistema agressivo – se o indivíduo não “acumula”, seu vizinho acumulará a parcela do capital que poderia ter sido destinada a ele.

Em uma jovem democracia social e política, a desigualdade é sempre muito acentuada. Especialistas lembram que o governo tem algumas soluções efetivas para combater a concentração de renda e reduzir os prejuízos que ela provoca: aumentar os impostos dos mais ricos para aliviar a tributação dos mais pobres, bem como aplicar uma tributação progressiva sobre heranças de grandes fortunas. Hoje, quem paga mais impostos no Brasil é a classe média.

Piketty (2014, p. 536), analisando o conceito de renda, infere que, a partir do momento em que o capital desempenha um papel útil no processo de produção, é

natural que ele tenha um rendimento. Contudo, segundo Piketty (2014, p. 536), existe, por certo, algo de surpreendente nessa noção de renda produzida por um capital e no fato de que o detentor seja capaz de obtê-la sem trabalhar. E alerta:

Há nessa ideia algo de contrário ao senso comum e que de fato aflige as civilizações, que tentaram dar a esse fenômeno várias respostas (...). Apesar disso, a renda é uma realidade da economia de mercado e da propriedade privada do capital. (...) O iluminismo engendrou a democracia, e é muito comum pensar que a economia acompanharia essa lógica democrática naturalmente, como que por encantamento. Ora, a democracia real e a justiça social exigem instituições específicas, que não são apenas as do mercado e também não podem ser reduzidas às instituições parlamentares e democráticas formais. (PIKETTY, 2014, p. 536).

Um bom exemplo da resistência dos rentistas nacionais reside na modificação da legislação tributária relativa à herança, principalmente quanto às alíquotas do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD. Ora, é sabido que em economias desenvolvidas as alíquotas são bem superiores às praticadas no Brasil, caso de Alemanha (50%), Japão (55%), Estados Unidos (40%), França (60%), entre outros. No Brasil, o Estado do Rio Grande do Sul aplicava já há algum tempo alíquota de 8%, mas em geral os Estados estipulam em torno de 4% tais alíquotas. Recentemente têm ocorrido movimentos no sentido de ampliá-las, como é o caso de Sergipe, que aumentou para 8% em 2016. Fala-se em elevação para patamares bem superiores em outros Estados, em breve, em vista da crise financeira. (PIMENTEL, 2017), (Folha de S. Paulo, 2018)

No tópico seguinte, examina-se questão crucial: o Brasil soube excluir a parcela maior de seu povo, socialmente desprotegido e desprovido de educação, utilizada para trabalhos primários, no campo, em lavouras, em fábricas, em trabalhos domésticos.

3 | LÓGICA DA ACUMULAÇÃO

Os governos foram tímidos na destinação de recursos para construção de escolas, fortalecimento dos salários e formação dos professores. A massa iletrada poderia começar a pensar no momento de exercer o direito ao voto, o que seria perigoso para os interesses da “Casa Grande” (alcunha que setores progressistas concederam para a elite financeira, midiática e política, no Brasil).

A exclusão atinge todos os estratos sociais, mas com maior intensidade a camada popular. Para Buarque (1993, p. 75), por meio da exclusão o indivíduo é apartado, separado dos demais semelhantes, afastado do gênero humano. É um processo cruel de apartar pessoas consideradas desqualificadas para a sociedade. Milhões de brasileiros voltaram a morrer, literalmente, apartados, uma vez que desprovidos de toda e qualquer assistência do Estado, ausentes de qualquer política pública inclusiva. O salto social havido durante os governos populares (2003-2016), ganhou notável inflexão; em meados de 2018, o Brasil corria risco de novamente

ingressar no mapa da fome da ONU (Rede Brasil Atual, 2018).

Jaborandy (2016), discorrendo sobre as distinções semânticas e as relações possíveis entre fraternidade e solidariedade, leciona que esta última tem como marco o apoio mútuo dos indivíduos, seja na esfera institucional, seja na social (reconhecimento do outro numa relação de vulnerabilidade ou hipossuficiência), “servindo para justificar tanto as políticas intervencionistas do Estado, como também a vinculação dos particulares aos direitos sociais, ao sedimentar a ideia de que cada um de nós é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais” (JABORANDY, 2016, p. 108) .

A força tarefa da Operação Lava Jato festejou a recuperação de cerca de pouco mais de um bilhão de reais em valores desviados dos cofres públicos; enquanto isso, a sonegação fiscal operou perdas para a Fazenda Pública da ordem de 520 bilhões de reais.

Neste sentido, com concentração de renda e reiterada sonegação fiscal, o Estado terá dificuldades de obter recursos orçamentários para efetivar políticas públicas nas áreas de saúde, educação, segurança pública, ciência e tecnologia.

Neste sentido, urge discutir um novo modelo de responsabilidade na gestão pública, para o que é fundamental imprimir independência aos órgãos federais de controle (Controladoria-Geral da União, Polícia Federal, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, tribunais de contas.

Um novo país, uma nova nação deve engendrar-se, com forte amparo no princípio da solidariedade, tanto em sua dimensão horizontal (sendo pois fraternidade), como em sua dimensão vertical, consoante doutrina do jurista italiano Filippo Pizzonato, investigada por Clara Cardoso Machado Jaborandy em sua tese de doutoramento:

Outra compreensão ventilada pela doutrina italiana e seguida por muitos é a da fraternidade como dimensão horizontal da solidariedade, compreendida na ideia de reciprocidade. Para Filippo Pizzonato, a solidariedade pode ser compreendida em duas dimensões: a dimensão horizontal e a vertical. Na dimensão horizontal, a solidariedade (fraternidade) interpela diretamente o comportamento individual e confere um sentido de responsabilidade social através do reconhecimento do outro. Por seu turno, na dimensão vertical, a solidariedade está relacionada com a intervenção do Estado Social para redução das desigualdades e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa. Na percepção do autor italiano, fraternidade é espécie de solidariedade que resulta da efetivação do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há um dever de socorro mútuo entre os indivíduos, “limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo”. Filippo Pizzolato enuncia que “a fraternidade vai atuar no ordenamento jurídico como solidariedade que nasce da ponderação entre as esferas de liberdade, que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas a ação do Estado enquanto ordenamento jurídico”. (JABORANDY, 2016, p. 104)

Um dos grandes problemas enfrentados na luta pela realização da verdadeira democracia no Brasil diz respeito à legitimidade dos pleitos eleitorais; em praticamente todos houve ameaça à concretização da democracia. O abuso do poder econômico corriqueiramente afeta a legitimidade das eleições.

Parte dos parlamentares, uma vez eleitos, passam a boicotar iniciativas tendentes a ampliar a rede de proteção social, minorando as desigualdades. Caso lapidar foi a da extinção da CPMF, em 2007, destinada a financiar o sistema de saúde. A oposição investiu contra o tributo, que apenas incidiria sobre as movimentações financeiras verificadas em contas bancárias, à ordem de 0,38%, e também serviria como controle dos fluxos de capital, evitando operações fraudulentas, lavagem de capitais, entre outros delitos. O governo perdeu a votação no Congresso Nacional e cerca de 45 bilhões de reais foram suprimidos da saúde pública.

4 | ABUSO DE PODER ECONÔMICO

O abuso de poder econômico em matéria eleitoral se refere à utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar candidato, partido ou coligação, afetando assim a normalidade e a legitimidade das eleições. (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018).

Ao contrário de ser disputada a confiança do eleitorado, tendo em conta antecedentes ações na vida pública e o valor da autêntica autoridade política, em um movimento de convencimento fundamentado em identidade de princípios, os passos dados resultam em apoio (voto) com correspondente contraprestação pecuniária. (RIBEIRO, 1988, p. 52)

Historicamente, o processo eleitoral no Brasil foi afetado por abuso de poder econômico. Embora a legislação eleitoral preveja desde 1965 (Código Eleitoral, Lei 4.737/1965) a proibição da conduta, o fato é que sempre foi recorrente, manifestando-se por meio de institutos amplamente arraigados: voto “de cabresto”, coronelismo, compra de votos, “coronelismo eletrônico”(campanhas em rádios e TVs, que ocorrem mesmo fora de períodos eleitorais), comícios suntuosos (hoje proibidos) etc.

Voltando um pouco mais atrás, é crucial, para compreendermos a conjuntura atual no Brasil (enfraquecimento da democracia), termos ciência de que a nova dominância do capital financeiro sobre as outras frações do capital implicou, em todo o mundo e internamente também, uma nova relação dos rentistas com a política e a sociedade.

Conforme Souza (2017, p. 90) registra, entre os anos de 1945 e 1975, o mundo desenvolvido viveu três décadas de ouro, com menor concentração de renda, maior igualdade significativa ampliação da escolaridade e do bem-estar geral.

O Brasil também seria beneficiado pelos bons ventos que sopravam do Norte (dos países desenvolvidos), porém o golpe de 1964, apoiado pela mesma elite e pela mesma imprensa de hoje, abortou o processo. Para Souza (2017, p. 90), essa época de bonança tem a ver com o pacto socioeconômico que marcou o pós-guerra. Países destruídos ou semidestruídos pela guerra sob o imperativo de reconstruir suas economias necessitavam da força de trabalho de seus países e até do estrangeiro.

Jessé Souza, revelando um cenário que é alheado do discurso panfletário da mídia – controlada por meia dúzia de famílias –, denuncia que essa concertação passou a ser criticada a partir dos anos 1970 e 1980.

A taxa de lucro dos capitalistas era ligeiramente decrescente devido à ação dos sindicatos e dos partidos dos trabalhadores e à pressão política por redistribuição. Nada mais razoável do que retribuir à sociedade uma parte do que se apropria do trabalho coletivo pelo capital. Os capitalistas não deixavam de ter um padrão de vida excelente e não sabiam o que fazer com tanto dinheiro. (...)

Em pouco tempo, a luta por uma taxa de lucro maior vai se tornar a obsessão dos capitalistas em todo o mundo. A queda do muro de Berlim retira de cena a concorrência socialista, o que facilita a imposição de novos discursos. A estratégia bem-sucedida equivaleu a uma revolução reacionária de impacto mundial: reverter todos os ganhos da classe trabalhadora nos últimos duzentos anos (...). (SOUZA, 2017, p. 91)

Em um contexto de extraordinária concentração de renda nas mãos de poucos, passa a existir a necessidade de “pedir emprestado” aquilo que não se pode mais exigir. O Estado precisa se financiar com o resultado do trabalho coletivo. Esse resultado, a riqueza social, por sua vez, passa a estar concentrada no 1% mais rico que não paga mais imposto. No caso brasileiro, estima-se a evasão fiscal em US\$ 520 bilhões. “Corrupção real”, esta muito maior que toda a corrupção apenas da “política”, que não é vista como tal pela população midiaticamente manipulada.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desse trabalho, observou-se que a concentração de renda é fator que infirma a democracia e suas instituições, fragilizando a atividade legislativa e o processo eleitoral.

O país carece de um pensar coletivo, uma identidade de construção nacional, que afaste os interesses destinados a pilhar riquezas públicas, que mitigue a ingerência do lobby das corporações nacionais e multinacionais no Parlamento, vez que baseado no poder econômico, para que ganhe proeminência um agir fraterno e solidário, em prol da construção de uma nação verdadeiramente plural, em que se sobressaíam o apoio a políticas de inclusão social.

A conclusão possível é que somente por meio de mecanismos públicos, ampla reforma do sistema eleitoral, com aprovação de integral financiamento público de campanhas políticas, é que se poderia mitigar a força do poderio econômico ou desestimular o chamado “coronelismo eletrônico” e outras práticas nocivas.

Mas não bastam iniciativas internas. A ação global em curso, por iniciativa de organizações não governamentais, entidades e fóruns mundiais (caso do Fórum Social Mundial), que denunciam a acumulação sem freios e propõem alternativas, precisa ser ampliada, com a ideia central de humanização do sistema capitalista. Os governos e órgãos de cúpula transnacionais (ONU, OMC, Banco Mundial, Bird, blocos

econômicos) haverão ainda de acordar e abraçar esta nova abolição dos povos do mundo.

REFERÊNCIAS

Agência de Notícias IBGE. **PNAD Contínua: 10% da população concentravam quase metade da massa de rendimentos do país em 2017**. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20843-pnad-continua-10-da-populacao-concentravam-quase-metade-da-massa-de-rendimentos-do-pais-em-2017.html>>. Acesso em 30 ma 2018.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BRASIL. **Lei 4.737/1965**. Código Eleitoral. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm> Acesso em 10 jun 2018.

BUARQUE, Cristovam. **O que é apartação: o apartheid social no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para a proteção de direitos fundamentais transindividuais**, 2016, Repositório da Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20048/1/CLARA%20CARDOSO%20MACHADO%20JABORANDY.pdf>>. Acesso em: 30/05/2018.

OXFAM. **Recompensem o trabalho, não a riqueza**. Documento informativo da Oxfam. Disponível em <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/2018_Recompensem_o_Trabalho_Nao_a_riqueza_Resumo_Word.pdf> Acesso em 01 jun 2018.

PIMENTEL, Sílvia. **Estados adotam alíquota máxima de 8% para imposto sobre herança**. Jornal Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/5221595/estados-adotam-aliquota-maxima-de-8-para-imposto-sobre-heranca>>. Acesso em: 10 jun 2018.

FOLHA DE S. PAULO. **Herança x doação no mundo**. Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/graficos/d4A1J/>> Acesso em 10 jun 2018.

REDE BRASIL ATUAL. **Brasil pode voltar ao Mapa da Fome**. ONU faz campanha pela segurança alimentar. Rede Brasil Atual. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/03/brasil-pode-voltar-ao-mapa-da-fome-onu-faz-campanha-pela-seguranca-alimentar>> Acesso em 10 jun 2018.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de Poder no Direito Eleitoral**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro, Ed. Leya, 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Glossário - Termos iniciados com a Letra A. Abuso de poder econômico**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-a>> Acesso em 10 jun 2018.

O CONCEITO ULTRAPASSADO DE MESMA LOCALIDADE QUE A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 TROUXE PARA A EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Rebecca Falcão Viana Alves

Universidade Federal de Sergipe - UFS
Aracaju-Sergipe

RESUMO: O presente artigo visa compreender se a mudança conceitual que o requisito de mesma localidade sofreu com a reforma trabalhista de 2017 trará benefícios ou dificuldades na demonstração desse requisito no pleito de equiparação salarial. Para compreender tal ponderação será necessário avaliar alguns aspectos teóricos dessa instituição e da reforma trabalhista. Este artigo divide-se em três tópicos: o primeiro realizou uma breve análise do conceito de mesma localidade até a Lei n. 13.467/17. O segundo trata sobre as alterações que a equiparação salarial sofreu por conta da reforma trabalhista. Por fim, o terceiro busca entender quais as consequências da mudança do conceito de mesma localidade. Objetiva-se descobrir se, de fato, o conceito retrógrado de mesma localidade que a reforma trabalhista determinou dificultará a caracterização da equiparação salarial. Para realizar o artigo proposto foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica a fim de analisar a legislação trabalhista anterior e posterior à Lei n. 13.467/17, além de súmulas do TST e doutrina especializada em direito do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Mesma Localidade; Equiparação Salarial; Reforma Trabalhista.

THE RETROGRESSIVE CONCEPT OF THE “SAME LOCALITY” THAT THE LABOR LAW REFORM BILL ESTABLISHED FOR WAGE PARITY

ABSTRACT: The present article aims to understand if the conceptual change that the requirement of “same locality” suffered from the labor law reform bill from 2017 will bring benefits or difficulties in the demonstration of this requirement in the wage parity suit. In order to understand this effect, it is necessary to evaluate some theoretical aspects of both this institution and the labor reform. This work is divided into three topics: the first one carried out a brief analysis of the concept of same locality until Law no. 13,467/17; the second discuss the changes in wage parity, due to the labor reform; and finally, the third seeks to understand the consequences of changing the concept of the same locality. The goal is to find out if the outdated concept of same locality the labor reform has determined will make it difficult to characterize wage parity. For this proposed article, a bibliographical research methodology was used to analyze the labor legislation before and after Law n.13,467/17, in addition to TST overviews and specialized doctrine in labor law.

KEYWORDS: Same Locality; Wage Parity;

1 | INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista de 2017 trouxe diversas mudanças para a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, as quais, em sua maioria, não foram benéficas para os trabalhadores. O forte viés neoliberal da reforma trabalhista deixou clara sua intenção de flexibilizar e de desregular a legislação obreira. Por tal razão é que ocorreram alterações como a ampliação da terceirização, a declaração de que o negociado prevalece sobre o julgado, a tentativa de restringir os direitos trabalhistas indisponíveis a um rol taxativo, dentre outras mudanças que buscavam fragilizar o sistema jurídico trabalhista e o próprio direito obreiro.

Das alterações *in pejus* que ocorreram com a referida reforma, a que aconteceu com a equiparação salarial, por aparentar uma franca intenção por parte do legislador de dificultar ou restringir sua comprovação, foi escolhida para ser estudada no presente artigo. Especialmente, porque um dos seus requisitos foi alterado para um entendimento retrógrado que já havia sido superado pela doutrina e pela jurisprudência: o requisito de mesma localidade. Por essa razão, o presente estudo foca nesse requisito, já que a mudança de “mesma localidade” para “mesmo estabelecimento comercial” é um regresso a um entendimento superado na década de noventa. Além disso, apesar de ser recente a superação do entendimento mais restritivo da mesma localidade, as discussões sobre seu conceito eram quase sempre para ampliá-la e não restringi-la.

Diante da situação exposta, o presente artigo objetiva compreender se a mudança conceitual que o requisito de mesma localidade sofreu irá beneficiar ou dificultar a demonstração deste no pleito de equiparação salarial, afetando a própria comprovação da situação de discriminação que a equiparação salarial combate. Para tanto, o estudo será guiado por perguntas chaves que serão respondidas ao longo dos tópicos de seus respectivos temas: Qual o conceito de mesma localidade? Qual a mudança na abrangência de localidade trazida pela reforma trabalhista? O que mudou na equiparação salarial com a Lei n. 13.467/2017? Qual impacto que a reforma trabalhista pode gerar na comprovação e demonstração da situação de desigualdade que a equiparação salarial combate? Desta forma, o estudo se divide em três tópicos que tratam de responder as perguntas guias. O primeiro tópico foi reservado para o conceito e a mudança conceitual de “mesma localidade”, fazendo uma breve análise da sua evolução de restritivo para abrangente e voltando a ser restritivo. O segundo trata das alterações que a equiparação salarial sofreu com a reforma trabalhista. Por fim, no terceiro tópico, foi feita uma análise de quais foram as consequências que essas mudanças ocorridas na equiparação salarial trouxeram para o trabalhador e se estas são benéficas ou prejudiciais.

A metodologia utilizada na presente pesquisa teve o fim exploratório para

compreender qual seria a consequência para a demonstração do requisito de mesma localidade ao tentar se caracterizar a equiparação salarial após as mudanças advindas da reforma trabalhista. A abordagem foi dedutiva, ao utilizar-se de um panorama geral para entender o tema abordado. O método de abordagem quanto aos objetivos será qualitativo, pois se busca um conhecimento valorativo que não será expresso em números e nem de forma exata. Por fim, houve o levantamento bibliográfico acerca do conceito de equiparação salarial e de mesma localidade, bem como acerca das alterações que a reforma trabalhista gerou no instituto da equiparação salarial. Na pesquisa documental foram utilizadas fontes primárias como normas jurídicas brasileiras, especialmente, a Lei nº 13.467/17, a Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho e das súmulas e OJs do TST sobre o tema, bem como livros e artigos de revistas voltados para o assunto de direito do trabalho, equiparação salarial, mesma localidade e dos reflexos da reforma trabalhista no direito do trabalho.

2 | BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE MESMA LOCALIDADE

O primeiro ponto do presente trabalho é entender o conceito de mesma localidade. Desde a promulgação da CLT em 1943, o texto do artigo 461 da CLT (BRASIL, 1943) trazia os requisitos exigidos para que houvesse o reconhecimento da equiparação salarial, sendo o último deles a mesma localidade. Todavia, em 2017, com a reforma trabalhista, após décadas de discussões sobre o significado da expressão “mesma localidade”, o legislador decidiu modificá-la nominalmente substituindo-a por “mesmo estabelecimento empresarial”.

A priori, pode não parecer uma troca tão alarmante, visto que para os leigos as expressões parecem ser sinônimas. Todavia para quem conhece a evolução histórica do conceito de mesma localidade e a ampliação que ele conquistou ao longo dos anos de vigência da CLT, bem como as intenções escusas que a reforma trabalhista tinha de dificultar o acesso aos direitos trabalhistas, compreende-se que a mudança feita não foi realizada por outro motivo, senão o de restringir o instituto da equiparação salarial. Isto porque, mesmo estabelecimento empresarial é um conceito delimitado, restrito e fechado. Ou seja, na interpretação literal da lei, só teriam direito à equiparação salarial os empregados que trabalhassem no mesmo prédio.

Ressalta-se que ainda que a expressão “estabelecimento empresarial”, que é um conceito do direito empresarial, não significa apenas a loja física em que a empresa funciona e sim, como pode se observar nas lições de Teixeira (2018) e Ramos (2016), todo o conjunto de bens materiais e imateriais que o empresário possui e que utiliza para realizar a empresa. O presente artigo irá trabalhar com a compreensão do homem-médio e do dicionário, por crer que esta tenha sido a intenção do legislador ao usar a expressão “estabelecimento empresarial”. Portanto, o significado de estabelecimento no dicionário Dicio é local utilizado para o comércio ou para a indústria, loja. Como se pode notar o significado de estabelecimento para

a língua vernácula – não jurídica – reside na ideia de um prédio onde funciona uma determinada atividade empresarial.

Infelizmente, parte da doutrina obreira já está se adequando a esta ideia de estabelecimento empresarial como loja/edifício e sua restrição para a equiparação salarial. Cassar (2018) expressa que após a reforma trabalhista a equiparação só seria possível entre empregados que trabalhem na mesma unidade técnica, em outras palavras, no mesmo estabelecimento. Além disso, Romar (2018) explica que não mais prevalece o conceito de mesma localidade da Súmula 6º, X do TST, pois este foi restringido pela Lei n. 13.467/2017, a qual limitou o direito à equiparação salarial para os empregados que trabalham no mesmo estabelecimento empresarial. Ao observar a fala das duas autoras, resta claro que o conceito restritivo de mesma localidade que a reforma trabalhista trouxe, de fato, pretende dificultar a equiparação salarial, pois diminui sua ocorrência aos empregados que estejam prestando serviço no mesmo prédio comercial.

Atualmente, esse entendimento não pode ser mais aceito, pois como se observa nos ensinamentos de Martins (2015), a ideia da mesma localidade está ligada a uma área geográfica de iguais condições socioeconômicas. Segundo o autor, as diferenças no salário só são justificadas em razão dos desiguais índices de custo de vida, ou seja, em regiões diferentes se têm custos de vida distintos e, por tal razão, é permitido que haja uma disparidade salarial entre os empregados. Esse entendimento, para Martins (2015), deve estar embutido na interpretação da palavra localidade de modo que seu significado básico acaba correspondendo ao de município, pois dentro de um município não haveria distinções que justificassem a diferença salarial.

Entende-se que, no início da vigência da CLT, em 1943, de fato, a expressão “mesma localidade” não poderia ter uma compreensão tão ampla quanto na atualidade. Isto porque na década de quarenta não era comum que uma empresa tivesse mais de uma loja estabelecida na mesma cidade, de modo que o significado de mesma localidade acabava sendo, logicamente, o de mesmo estabelecimento comercial. Com a modernização e a expansão econômica, os negociantes arriscaram abrir outras lojas dentro da mesma cidade em busca de maiores lucros e visando atender a demanda populacional, causando essa mudança de paradigma.

Naturalmente, o direito evolui junto com a mudança social, de modo que a doutrina, os advogados e os juízes começaram a questionar, ponderar e modificar o conceito de mesma localidade. Como se observa, na década de noventa, o conceito de mesma localidade já havia sido consolidado como mesma cidade/município. Ou seja, já havia ocorrido uma evolução durante as cinco décadas de sua existência, como se constata na jurisprudência usada no acórdão 0002200-08.1995.5.04.0005 de recurso ordinário da 2º turma do TRT da 4º região para negar o recurso:

A expressão “mesma localidade” há de interpretar-se restritivamente, **levando-se em conta os locais, as cidades, em que o serviço foi prestado**. Nesse sentido vem-se consolidando a jurisprudência: Localidade da prestação de serviço. O

conceito de mesma localidade **restringe-se ao local em que o empregado presta serviços, na mesma cidade, ponto geográfico definido**, sendo inviável **ampliar o conceito** de modo a equiparar empregados que trabalham em cidades diversas, ainda que **façam parte da mesma região geo-econômica** (TST, RR 5.303/90.8, Ursulino Santos, Ac. 1ª T. 256/91) (grifo nosso) (BRASIL, 1997, on-line).

O acórdão acima citado e outros julgados dessa época quase sempre traziam a mesma citação ao recurso de revista do TST de 1991, que entende mesma localidade como mesma cidade. Todavia, já no final da década de noventa começam a aparecer as primeiras decisões que abrangiam ainda mais o conceito de mesma localidade. Como no caso do acórdão n. 7318200-85.1996.5.04.0511 de recurso ordinário da 6º Turma do TRT da 4º região:

No tocante ao argumento da reclamada, que reclamante e paradigma desenvolviam suas atividades em localidades diferentes, a mesma não prospera. **Entende-se por mesma localidade, como sendo a mesma região geo-econômica.** Inclusive com base nos depoimentos das testemunhas, presume-se que ambos trabalhavam juntos, ou senão, muitas vezes no mesmo local. (grifo nosso) (BRASIL, 1998, on-line)

Já nos anos 2000, o conceito mais amplo de mesma localidade é consolidado com a orientação jurisprudência (OJ) n. 252 da SDI-1 do TST de 2002 e também com a inclusão da referida OJ dentro da súmula do TST que tratava sobre equiparação salarial, a Súmula 6 em seu inciso X. Em outras palavras, pode-se notar que durante toda a vigência da CLT até a Lei n. 13.467/2017 a tendência das discussões era de ampliar o conceito de mesma localidade, pois foi se percebendo que não era justificável que empregados que trabalhavam para a mesma empresa dentro de uma área geográfica de iguais condições socioeconômicas – seja um município ou uma região metropolitana/geoeconômica – ganhassem salários distintos ao realizar a mesma função, para o mesmo empregador com a mesma perícia técnica.

Pode-se concluir que o que a lei queria ao descrever a mesma localidade, então, era garantir que empregados que realizassem o mesmo trabalho e estivesse dentro de uma região geográfica de igual custo de vida, pudessem receber salários iguais caso não houvesse situação impeditiva para tanto. É o que se extrai das palavras de Delgado (2017, p. 929) “O que a lei pretende é apenas e tão somente evitar discriminação — e não criar mecanismo artificial de extensão geográfica dos mesmos critérios empresariais de gestão trabalhista”. O autor deixa claro que a ideia do mecanismo de equiparação salarial é não permitir a discriminação salarial em situações que não justifiquem sua existência, como, no caso da mesma localidade, dentro do mesmo município, já que o custo e condições de vida são iguais, seja para os trabalhadores do Shopping ou para os da loja no centro.

O entendimento de Delgado (2017) e Martins (2015) se harmonizam na ideia de que não se pode limitar o significado de localidade a apenas uma loja, nem se pode ampliar a ponto de abarcar áreas que não tenham as mesmas condições e

custo de vida. Ambos entendem que a legislação traz uma ideia de respeito ao limite geográfico básico, dentro do qual uma das principais características é a igualdade socioeconômica e a proximidade, de forma que não possa justificar um tratamento salarial diferenciado para aquela determinada região ou espaço urbano.

Infelizmente, na contramão de toda essa evolução benéfica ao empregado e ao princípio da não-discriminação, veio, em 2017, a reforma trabalhista que trouxe o conceito de 1943 de volta à legislação. Um conceito ultrapassado a mais de três décadas e, efetivamente, um retrocesso de 74 anos, retornando a uma ideia que era comum na época da promulgação da CLT. Essa mudança de mesma localidade para mesmo estabelecimento empresarial não se sustenta no tempo globalizado e urbanizado que o Brasil vive, no qual não é justificável que um empregado ganhe menos que outro por trabalhar numa loja distinta dentro da mesma cidade. Essa é uma situação clara de desigualdade e discriminação sem motivo justificável, ou seja, apenas uma forma dos empregadores diminuírem salários de seus empregados sem precisarem se preocupar com punição legal. Por tal razão, não pode haver outra explicação para essa mudança senão a de que restringir direitos dos empregados, especificamente, o direito a salário igual para trabalhos.

Por fim, resta saber que ainda que haja essa tentativa de restrição de direitos ainda há aqueles que lutam para impedi-la. Por exemplo, Cassar (2018) traz a comparação com o direito coletivo, uma vez que para a autora se a própria Constituição diz que a menor base territorial para um sindicato deve ser um município e ainda afirma que a entidade sindical pode estabelecer pisos salariais para a categoria, o entendimento da jurisprudência está correto, já que a diferença salarial teria origem na norma coletiva e, conseqüentemente, sua localidade é a de um município. Por outro lado Delgado e Delgado (2017) são um pouco mais rígidos no que diz respeito a essa interpretação do novo artigo 461 da CLT. Os autores entendem que na literalidade, o estabelecimento empresarial é uma expressão mais restritiva do que a localidade. Contudo, ficando evidenciada a efetiva similitude de condições entre os estabelecimentos situados no mesmo âmbito municipal, seria possível manter o sentido antidiscriminatório mais amplo do conceito de localidade anteriormente pacificado. Eles entendem que essa possibilidade se vislumbra no fato de que a equiparação salarial existe para atender ao princípio da não-discriminação que está expressamente imposto na Constituição Federal e, conseqüentemente, a interpretação dos seus requisitos deve ser aquela que melhor atende o espírito constitucional.

3 | EQUIPARAÇÃO SALARIAL PÓS-REFORMA TRABALHISTA

A equiparação salarial está na CLT desde sua vigência, em 1943, estabelecida no artigo 461, porém, em 1988, a Constituição Federal elevou o instituto à matéria constitucional ao inseri-lo no rol de direitos dos trabalhadores presentes em seu no

artigo 7º, XXX (BRASIL, 1988). Segundo Delgado (2017), a equiparação salarial é um dos mecanismos que o princípio antidiscriminatório tem para evitar o tratamento salarial diferenciado àqueles trabalhadores que cumprem trabalho igual para o idêntico empregador. Com este conceito nota-se que a equiparação salarial busca impedir que o pagamento pelo trabalho realizado possa ter alguma razão escusa ou torpe velada para justificar a diferenciação salarial, naturalmente, combatendo preconceitos e racismo dentro do ambiente da empresa. Por tal razão parece ser óbvia a ligação que Delgado faz entre a equiparação salarial e o princípio da não-discriminação.

Como se extraí, ainda, do conceito de Delgado (2017) e do *caput* do artigo 461 da CLT (BRASIL, 1943) a equiparação salarial tem requisitos para que seja comprovada a discriminação e decretada à igualdade salarial. Nos parágrafos do referido artigo, ainda há situações em que a disparidade salarial é justificada – como é o caso de quadro de carreiras, reaproveitamento, dentre outros. Antes da reforma os requisitos eram: idêntica função, trabalho de igual valor, mesmo empregador, mesma localidade e simultaneidade, consoante Delgado (2017) era um requisito que não estava expresso, mas que foi acolhido pela doutrina e jurisprudência. Após a reforma trabalhista, os requisitos se mantiveram quase iguais, com exceção da mesma localidade que virou mesmo estabelecimento empresarial e o fato de que houve o crescimento de um novo requisito que é o tempo de serviço no emprego. Logo os requisitos a partir da Lei n. 13.467/2017 são: idêntica função; trabalho de igual valor; mesmo empregador; mesmo estabelecimento empresarial; simultaneidade e tempo de serviço no emprego.

Como se pode notar pela observação do texto antigo e do novo texto do artigo 461, a maioria dos requisitos se manteve igual, com algumas exceções: o requisito da simultaneidade agora incluída expressamente no §5º do artigo 461 da CLT. Contudo, ao mesmo tempo em que agora a contemporaneidade é elemento expresso na CLT, esse parágrafo também exclui a possibilidade de indicação de paradigmas remotos, ou seja, além de não possibilitar a equiparação em cadeia e aqueles que já não trabalham para a empresa. E o novo requisito que é exigido é o tempo de serviço no emprego, ou seja, agora, além do limite de dois anos que já era exigido no requisito de trabalho de igual valor também se exige que os equiparandos não tenham uma diferença maior de quatro anos de serviços prestados para o empregador. Com isto, cria-se mais uma forma impeditiva para a caracterização da equiparação salarial. Ainda que se alegue que tal medida está premiando o empregado por antiguidade na empresa, é bom lembrar que uma dos fatores que já impedia a equiparação era o quadro ou planos de cargos e salários que deveriam alternar entre antiguidade e merecimento.

Além das mudanças nos requisitos tiveram outras alterações em pontos que a doutrina entendeu serem prejudiciais e outras que foram consideradas neutras, como a inclusão de etnia no *caput* do artigo 461, já que é óbvio que nenhuma discriminação

deve ser aceita para justificar a diferenciação salarial. Delgado e Delgado (2017) entendem que o rol de sexo, etnia, sexo é apenas um rol exemplificativo, naturalmente, pois eles defendem claramente que o princípio antidiscriminatório, que vem do princípio da igualdade, não pode se restringir por nenhuma característica que gere preconceito ou estigma social. Dessa forma o que aparenta é que o legislador quis apenas dar ênfase a este grupo específico pelo racismo marcado na sociedade brasileira ou quis distrair os leitores das alterações prejudiciais que foram feitas.

Outra modificação que foi prejudicial para o trabalhador é a que trata sobre o tema dos §§ 2º e 3º do artigo 461 da CLT, pois correspondia ao assunto que impedia a caracterização da equiparação salarial: quadro de carreiras com previsão de promoções alternadas por antiguidade e merecimento. A Lei n. 13.467/2017 retirou a necessidade do quadro de carreiras ser homologado ou registrado em órgão público, incluindo o Ministério do Trabalho – atual Secretária do Trabalho –, retirando do controle público a existência e a publicidade dos quadros de carreiras da empresa. Ademais, o texto legal diz que o quadro de carreira ou os planos de cargos e salários devem ser adotados por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva. No tocando ao § 3º, que normalmente é lido em conjunto com o § 2º, o texto altera as promoções para por merecimento e por antiguidade ou por apenas um destes critérios, não sendo mais necessária a alternância entre antiguidade e merecimento.

Delgado e Delgado (2017, p. 173) tratam dessa alteração com maus-olhos, ao expressarem que o conjunto acentuado de desregulamentações e flexibilizações nesse campo temático “(...) pode comprometer o objetivo da regra jurídica, isto é, a aptidão para erigir real fato impeditivo do pleito antidiscriminatório (...)”. Isto porque, segundo os autores, caso o quadro de carreira ou o plano de cargos e salários não evidenciem vantagens e garantias efetivas para os empregados que sejam suficientes para justificar a não incidência do princípio antidiscriminatório, esses planos e quadros deverão perder a força como fato impeditivo do direito do autor. Caso contrário, os quadros de carreira e os planos de cargo e salários estarão apenas formatando meros simulacros impeditivos à equiparação salarial. Observa que mesmo sem o controle do Ministério do Trabalho e de outro órgão público, *a priori*, o controle poderá ser feito judicialmente, como observam Lima e Lima (2017, p. 72) “(...) é de ponderar-se que não escapará do controle judiciário a razoabilidade do plano, (...)”.

A última mudança que a reforma trabalhista trouxe foi o §6º estabelece uma multa de 50% do valor máximo do benefício da Previdência em caso de comprovada discriminação em virtude de sexo ou etnia. Para Cassar e Borges (2017) o legislador cometeu um erro ao limitar a multa para os casos de discriminação em virtude de sexo ou etnia, pois por se tratar de uma punição poderão alegar que as hipóteses da multa são taxativas. Ou seja, ficariam sem a multa outras espécies de discriminação como religiosa, de idade, dentre outras. Em outras palavras, pelo que se entende da fala dos autores o texto adequado seria “deverá pagar uma multa o empregador que utilizar qualquer tipo de discriminação para motivar a diferença salarial”.

4 | CONSEQUÊNCIAS DA MUDANÇA DO CONCEITO DE MESMA LOCALIDADE

Após observar a mudança conceitual de mesma localidade e as demais alterações que ocorreram na equiparação salarial, resta analisar as consequências dessas alterações para o trabalhador.

Como foi observada no tópico da mudança conceitual da mesma localidade, a expressão “mesmo estabelecimento empresarial” é demasiadamente restritiva. Esta alteração por si só já impediria diversas equiparações de ocorrerem, pois delimita uma área muito pequena para a justificativa da discrepância salarial. Ressalta-se que com o conceito limitante de mesmo estabelecimento empresarial, pode ocorrer a situação em que uma empresa, que tenha duas ou mais lojas em determinada cidade pague salários diferentes para trabalhadores que estejam locados em lojas distintas dentro dessa cidade. Numa situação mais esdrúxula, os estabelecimentos de determinada empresa podem estar localizados a uma quadra de distância do outro, ou até na mesma rua, mas por serem dois prédios diferentes, não serão considerados parte do mesmo estabelecimento empresarial, justificando desta forma a distinção salarial entre seus empregados.

É óbvio o prejuízo para o empregado nessa situação, pois ainda que todos os requisitos, incluindo o novo de tempo no serviço, da equiparação estejam comprovados, o juiz que entender pela interpretação literal e direta da lei poderá não decretar a equiparação. Cassar (2017) num artigo sobre o projeto de lei da reforma trabalhista escreveu que as medidas de criar novo requisito que dificultasse a equiparação e de alterar o conceito de mesma localidade para o de mesmo estabelecimento empresarial deveriam ser suprimidas por importarem em retrocesso e limitações dos direitos obreiros.

Ressalta-se a importância de observar que várias das alterações que a reforma trabalhista trouxe, não somente a da equiparação salarial, ofendem a princípios constitucionais e trabalhistas. Os princípios afetados diretamente foram, dentre outros: o da proibição ao retrocesso, que seria a vedação do retrocesso social e do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados legislativamente (SILVA, 2018); o da igualdade, o qual estabelece que todos devem ser iguais perante a lei sem distinção de gênero, etnia, religião dentre outros, segundo artigo 5º, *caput* da Constituição Federal; o da não-discriminação, também estabelecido na Constituição Federal em seu artigo 7º, XXX, o qual proíbe o pagamento de salários diferentes para o exercício da mesma função por motivos de sexo, raça, etc. É com este último que se estabelece a máxima de salários iguais para trabalhos iguais e o da proteção, brocardo basilar do direito do trabalho, segundo Delgado (2017), é o que estrutura a teia de proteção ao hipossuficiente na relação empregatícia, visando atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente do plano fático do contrato de trabalho. Ou seja, o princípio da proteção é o que justifica a existência do direito do trabalho.

Importa ressaltar que, como observa Silva (2018), a Lei n. 13.457/2017 ignorou

não só o patamar jurídico assegurado pela Constituição Federal, como também a opinião dos doutrinadores e juristas da área do direito do trabalho e decidiu por ressuscitar um ideal jurídico baseado na predominância do poder econômico no âmbito da relação de emprego. Ao analisar que a reforma trabalhista estabeleceu, contra a vontade popular, normas que dificultassem ou impedissem a aplicação de direitos que haviam sido conquistados para os trabalhadores, entende-se que suas alterações tiveram um viés contrário ao propósito do direito obreiro que é o de equilibrar a relação entre empregado e empregador.

Após observar as ponderações sobre as alterações da reforma trabalhista violarem direitos e princípios trabalhista e constitucionais como no caso dos princípios da vedação ao retrocesso social e da não-discriminação, compreende-se que a Lei n. 13.467/2017, sob o falso pretexto de aumentar a empregabilidade no País, veio apenas para consolidar a desigualdade na relação de emprego, precarizando e flexibilizando direitos e garantias trabalhistas. Por tal razão, não é de se estranhar a mudança da expressão “mesma localidade”, que estava garantindo uma abrangência maior no alcance da equiparação salarial, para a expressão “mesmo estabelecimento empresarial”, que tenta restringir e dificultar o alcance da garantia de salários iguais para trabalhos iguais, por ser uma delimitação que só foi lógica e, por isso, aceitável na época da promulgação da CLT. Porém mesmo com a tentativa de restrição da reforma trabalhista, não se justifica a diferenciação salarial numa base territorial de iguais condições e custo de vida.

5 | CONCLUSÃO

Após observar as mudanças que a Lei n. 13.467/17 trouxe para a equiparação salarial como um todo e, especificamente, a mudança conceitual do requisito de mesma localidade, conclui-se que a lei da reforma trabalhista prejudicou os empregados que buscam a equiparação salarial. Ao analisar que caso não se faça uma interpretação ampliativa ligada aos princípios constitucionais de não-discriminação e da igualdade, o trabalhador poderá receber salário menor que seu colega que trabalhe em estabelecimento distinto ao dele ainda que estejam dentro da mesma cidade. Além de retirar a indicação de paradigma remoto e de acrescentar um limite temporal de que os empregados não podem ter diferença de mais de quatro anos dentro da empresa – algo que já era coberto pelo quadro de carreiras. Desta forma, não resta dúvidas de que a mudança do conceito de mesma localidade e as demais alterações na equiparação salarial vieram para restringir sua caracterização, possibilitando que haja situações de discrepância salarial sem motivos justos que sejam a razão para impedir a igualdade salarial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 07 jun. 2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 6º. Equiparação salarial. Art. 461 da CLT. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho [2005]. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-6. Acesso em: 10 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (2. Turma). Recurso Ordinário 0002200-08.1995.5.04.0005/RS. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Não há que se falar em diferenças decorrentes de isonomia salarial, quando o reclamante e o paradigma trabalharam em localidades diversas. Inteligência do art. 461 da CLT. Recurso desprovido. Recorrente: Mário Arthur Mendes. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Relatora: Dulce Olena Baumgarten Padilha, 23 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/ejus1/pqkALQ4L0AoACcssa9dtNg?&tp=mesma+regi%C3%A3o+geo-econ%C3%B4mica>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (6. Turma). Recurso Ordinário 7318200-85.1996.5.04.0511/RS. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. Caracterizado o exercício de atividade em condições de risco acentuado, devida se torna a concessão do adicional de periculosidade incidente sobre o salário contratual, independente do fato de o empregado não permanecer em área de risco durante toda a jornada de trabalho. Nega-se provimento no tópico. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Comprovada a identidade funcional com o paradigma apontado, são devidas a diferenças salariais postuladas. Nega-se provimento ao recurso no tópico. HORAS EXTRAS - CONTAGEM MINUTO A MINUTO. É entendimento deste Juiz Relator, que todos os minutos devem ser contados para a apuração da jornada de trabalho, não havendo nem na legislação, nem na doutrina, argumentação que leve à conclusão de que seria ao menos razoável o “desconto” de períodos de trabalho ou de tempo à disposição do empregador. Mantém-se a sentença. Recorrente: Indústrias Alimentícias Maguary S/A. Recorrido: Aldo Bortoncello. Relatora: Otacílio Silveira Goulart Filho, 30 de abril de 1998. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/ejus1/jSfR5voe2lr-aq9DLNokoQ?&tp=mesma+regi%C3%A3o+geo-econ%C3%B4mica>. Acesso em: 11 jun. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. **Revista eletrônica da OAB/RJ**. Rio de Janeiro, v. 30, 2017. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/05/V%C3%B3lia-Bomfim-Cassar.pdf>Acesso em: 14 jun. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil** – com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

ESTABELECIMENTO. In: DICIO, dicionário online de português. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/estabelecimento/>. Acesso em: 10 jun 2019.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pérciles Rodrigues Marques de. Reforma

trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, **André Luiz Santa Cruz**. **Direito empresarial esquematizado**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Felipe Miguel Gonçalves. **A precarização da relação de trabalho com a Reforma Trabalhista**: a prevalência do acordado sobre o legislado com o advento do art. 611- A, CLT. 2018. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22637/1/PrecarizacaoRelacaoTrabalho.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O CONTRATO DO EMPREGADO MARÍTIMO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRABALHISTA NO ESPAÇO

Gustavo Barone Martins

Acadêmico do curso de direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Estagiário do escritório Silva, Santana & Teston Advogados.
Joinville – Santa Catarina

RESUMO: O presente artigo científico analisa o contrato de trabalho do empregado marítimo e o conflito de competência trabalhista no espaço. No setor marítimo tornou-se habitual, tanto no exterior quanto na costa brasileira, a contratação de trabalhadores para exercerem funções dentro de embarcações. Diante desta habitualidade, surgem questões sobre a forma de contratação destes empregados, bem como quais seriam as suas condições de trabalho, além da existência de conflitos de competência territorial e qual a legislação competente para julgar estes conflitos. Desta forma, o objetivo geral da pesquisa é analisar como se constitui o contrato de trabalho, quais as adversidades vivenciadas pelo trabalhador marítimo, bem como qual a legislação predominantemente competente para julgar suas demandas. A pesquisa será bibliográfica e documental, com referências analisadas em livros, revistas, internet. Será utilizado o método dedutivo, para uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação a fim de formar argumentos densos e plausíveis.

Será utilizada uma abordagem qualitativa, permitindo o aprofundamento nos mais diversos temas do mundo jurídico. Como resultado, esta pesquisa conclui que as principais adversidades vivenciadas pelos empregados seriam o constante isolamento familiar e o desconhecimento de seus direitos. Quanto ao conflito de competência, após o cancelamento da Súmula 207, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu pela aplicação primordial do princípio da territorialidade e, em suas exceções, a aplicação da norma mais favorável e da teoria do centro de gravidade.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de Trabalho; Empregado Marítimo; Conflito de Competência.

ABSTRACT: This scientific article analyzes the maritime employee's employment contract and the conflict of labor competence in space. In the maritime sector, it has become customary, both abroad and on the Brazilian coast, to hire workers to perform duties within vessels. Given this habit, questions arise as to how these employees are hired, as well as what their working conditions would be, as well as the existence of conflicts of territorial jurisdiction and what is the competent law to judge these conflicts. Thus, the general objective of the research is to analyze how the employment contract is constituted, what are the adversities experienced by the maritime worker, as well as

which legislation is predominantly competent to judge their demands. The research will be bibliographic and documentary, with references analyzed in books, magazines, internet, and other possible means. The deductive method will be used for a logical construction between the qualitative variables of interpretation in order to form dense and plausible arguments. A qualitative approach will be used, allowing the deepening in the most diverse subjects of the legal world. As a result, this research concludes that the main adversities experienced by employees would be constant family isolation and ignorance of their rights. As regards the conflict of jurisdiction, after the cancellation of Precedent 207, the Superior Labor Court considered the primary application of the principle of territoriality and, in its exceptions, the application of the most favorable norm and the center of gravity theory.

KEYWORDS: Employment Contract; Seafarers Employ; Competence Conflict.

1 | INTRODUÇÃO

Com a crescente globalização tornou-se comum a transferência ou contratação de empregados para laborarem no exterior sob ordens de companhias multinacionais.

Este fato afeta o setor marítimo, onde os trabalhadores são contratados para exercer funções dentro de navios estrangeiros realizando rotas pela costa brasileira ou até mesmo no exterior. Neste sentido, é importante compreender o modo como estes trabalhadores são recrutados e contratados pelas empresas responsáveis por estes navios, além, de qual forma o direito se apresenta a estes empregados, e quais são as dificuldades suportadas por estes empregados.

Desta forma, a principal questão é relacionada ao conflito de competência existente para analisar e julgar as demandas provindas dos trabalhadores marítimos, bem como, quais legislações são aplicadas a estes empregados.

Será abordada inicialmente as classificações existentes do empregado marítimo e explicar o foco no Profissional Não-Tripulante. Posteriormente, serão analisadas as adversidades experimentadas pelo empregado durante seu labor e sua adaptação a elas. Seguidamente será visualizada a forma de contratação do trabalhador marítimo e de que maneira seu contrato de trabalho é aplicado. Ainda, será analisado o conflito de competência existente em relação às demandas provindas dos trabalhadores marítimos, bem como, será explicada quais normas são aplicadas no Brasil para definir estas situações e de que maneira se posiciona atualmente o Tribunal Superior do Trabalho - TST.

Por derradeiro terá como resultado pretendido encontrar qual a legislação predominantemente aplicável para reger estas relações, bem como, de que maneira o cancelamento da Súmula 207 do TST afetou o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a competência para julgar a questão referente ao trabalhador contratado para laborar no exterior e de que forma poderá ser aplicado este novo entendimento aos trabalhadores marítimos.

2 I TRABALHADOR MARÍTIMO

2.1 Classificação do trabalhador marítimo

No âmbito marítimo, há uma amplitude de setores, integrados por áreas como a construção naval e o trabalho portuário, onde estão abrigados empregados com cargos desde o chefe de máquina até os encarregados pela segurança. (MARTINS, 2013) Devido a isso, a Organização Internacional do Trabalho – OIT (2006) consolidou quatro categorias de trabalho marítimo:

- a) O trabalho marítimo em embarcações (*shipping*);
- b) O trabalho portuário;
- c) A pesca;
- d) O trabalho fluvial (*inland waterways*).

A categoria *shipping* possui como principal setor a Marinha Mercante, a qual faz uso dos mares, por meio das rotas comerciais entre os países e pelo tráfego de pessoas em cruzeiros e navios de passeio. (MARTINS, 2013). Em relação ao trabalho neste setor, explica Martins (2013 apud CURTIS, 1841, p.3-20) “que todo ‘marítimo’ é um profissional da Marinha Mercante, mas nem todo profissional da Marinha Mercante é categorizado como marítimo”.

Neste sentido, a lei 9.537/97 estabeleceu, em seu artigo 2º, conceitos e definições sobre os trabalhadores marítimos, dentre eles o Tripulante e o Profissional Não-Tripulante.

Em seu artigo 2º, inciso XVI, a Lei 9.537/97 define o Profissional Não-Tripulante como “aquele que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, presta serviços eventuais a bordo”.

Estes trabalhadores são empregados a serviço do navio a partir de um contrato de trabalho internacional, tornando-se uma das categorias com maior fluxo de trabalho (MARTINS, 2013). Esta categoria está incluída juntamente com outras, como os pescadores, como sendo uma das áreas mais afetadas pelo conflito de competência e de legislações capazes de reger seu contrato devido à escassez de doutrinas e precedentes sobre estes trabalhadores, razão pela qual o Profissional Não-Tripulante será foco do presente estudo.

2.2 Adversidades do trabalhador marítimo

Em relação ao contrato de trabalho e a garantia dos direitos do profissional não-tripulante, Bauer (2008, *web*), ensina que “a maior dificuldade enfrentada pelos trabalhadores marítimos é o fato que os seus direitos são, geralmente, difíceis de compreender”.

Entretanto, esta não se torna a única adversidade vivenciada pelo trabalhador marítimo durante seu contrato, que pode perdurar por um máximo de sete meses.

O empregado vivencia inúmeras adversidades além do desconhecimento de seus direitos e o desamparo jurídico, como a distância de seu lar e de sua família; a pressão exercida pelos passageiros e pelo empregador; a carga horária excessiva (PEDROSO; KÜMMEL, 2018).

Quanto à saúde dos marítimos, em 2003 foi realizado um estudo pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO (MENDES, 2007). Nesta pesquisa, foram alcançados resultados impactantes sobre o labor prestado pelos trabalhadores marítimos, tanto em relação à qualidade do trabalho quanto em relação ao que os próprios profissionais pensam:

Uma pesquisa realizada há quatro anos pela FUNDACENTRO apontou a solidão, o confinamento e o anonimato social como os principais agentes agressores do equilíbrio psíquico do trabalhador marítimo, tornando-o suscetível a adoecimentos de origem psicossomática. [...] De acordo com o estudo, muitos marítimos não se sentem reconhecidos pelo trabalho que realizam e essa falta de valorização transforma-se em fonte de agressão e sofrimento. A pesquisa identificou que o aquaviário tripulante, em geral, não se percebe valorizado nem reconhecido pela empresa a que está vinculado e tão pouco pela sociedade. Em alguns casos, nem pela própria família (MENDES, 2007, p.35).

Assim, o trabalho exercido pelos marítimos possui constantes dificuldades que podem afetar desde a sua saúde e sanidade mental até causar o completo isolamento social (PEDROSO; KÜMMEL, 2018).

Diante destas dificuldades, a OIT legislou sobre o tema adotando sessenta e cinco convenções sobre o trabalho marítimo, dentre elas a *Maritime Labor Convention* – MLC em 2006, com o objetivo de unificar as normas marítimas existentes ao redor do globo, afim de que seja possível encontrar soluções para as dificuldades enfrentadas pelos marítimos (MARTINS, 2013).

2.3 A contratação do trabalhador marítimo

Com a globalização surgindo no século XVI a partir das Grandes Navegações e tendo seu esplendor, agora, durante o século XXI, tornou-se comum, a contratação de pessoas de nacionalidade diferentes, fora de seu país natal, por empresas transnacionais (SALIBA, 2016).

Ante esta possibilidade, o contrato de trabalho com conexão internacional caracteriza-se com a presença de dois ou mais sistemas jurídicos internacionais envolvidos. (MARTINS, 2013).

O contrato internacional de trabalho marítimo possui um complexo método de contratação, sendo inclusive, a maior dificuldade suportada pelo trabalhador marítimo, conforme discutido anteriormente.

Esta complexidade se deve ao fato dos trabalhadores poderem ser contratados através do armador, que conforme ensina Tonial e Barbosa (2016, *apud* CAVALCANTE; VILLATORE, 2015) pode ser uma pessoa física ou jurídica, além de ser o responsável

pela viagem, pelos empregados e pelas condições de trabalho.

Outra hipótese de contratação, sendo esta a mais comum, é por meio de agências de recrutamento, que no momento da contratação, podem ou não, estar localizadas no país de origem do empregado, fato este que aumentará as chances do contrato conter legislação estrangeira (BAUER, 2008).

Igualmente, é de responsabilidade do contratante, obedecer às normas constantes na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e subsidiariamente os preceitos emanados do Código Comercial (Lei 556/1850), ainda, devem ser analisadas as fontes formais específicas do direito do trabalho, ou seja, as convenções e acordos coletivos da categoria (MARTINS, 2013).

As regras relativas ao contrato de trabalho marítimo podem ser estipuladas por inúmeras normas, legislações ou resoluções, não se restringindo apenas a CLT, logo, não há qualquer normativa que preveja o local correto da assinatura do contrato. Tornou-se constante a prática dos contratos serem assinados pelos empregados no momento em que embarcam no navio, deste modo garantia-se que, caso haja conflitos de normas trabalhistas, será respeitada a lei do local da assinatura do contrato, ora a lei da bandeira do navio (MARTINS, 2013).

3 | CONFLITOS DE COMPETÊNCIA DE NORMAS TRABALHISTAS MARÍTIMAS NO ESPAÇO

Em uma lide trabalhista, existente entre duas ou mais partes, é necessário ter ciência sobre quais normas defendem seus interesses na demanda discutida. Nesta esteira, entende Saliba (2016 *apud* BARROS, 2013) que deve ser respeitada a aplicação do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Estes conflitos de legislações ocorrem predominantemente em contratos trabalhistas com conexões internacionais, logo, tornou-se necessário encontrar um modo para definir o ordenamento aplicável em relação ao direito processual e material aplicado (MARTINS, 2013).

Nesta continuidade, para a solução dos litígios internacionais, os conflitos de normas existentes devem se submeter às regras de conexão estabelecidas pelo Direito Internacional Privado – DIPr. (MARTINS, 2013).

Com isso, as regras de conexão possuem a capacidade de indicar qual direito será aplicável para interpretar o litígio em questão, além disso, estas regras são instituídas pelos sistemas estatais de DIPr, e aplicadas para definir o direito material aplicável ao contrato com conexão internacional (MARTINS, 2013). Neste sentido, Martins (2013) aponta os seguintes elementos de conexão balizados perante as nações:

- a) *lex loci contractus* (ou *lex loci celebrationis*) – determina que a legislação

aplicável é aquela do local da assinatura do contrato;

b) *lex loci solutionis* – determina que a legislação aplicável é aquela do local onde as obrigações principais do contrato devem ser cumpridas;

c) *lex patrie* – determina que a legislação aplicável é a da nacionalidade das partes;

d) *lex domicilii* – determina que a legislação aplicável é a do domicílio das partes;

e) *lex fori* – determina que a legislação aplicável é a do Estado onde o litígio está sendo julgado;

f) *lex loci executionis* – determina que a legislação aplicável é a do local onde foram prestados os serviços contratados.

Dadas estas particulares, nota-se que a tendência em relação ao sistema do direito internacional relacionado aos contratos trabalhistas, é pela aplicação da *Lex loci executionis*. Nesse sentido é necessário verificar a aplicação das regras de conexão aos contratos de trabalho marítimos e, em especial, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. (MARTINS, 2013).

Atualmente, o ordenamento jurídico nacional e o DIPr brasileiro são incorporados pelo Código de Direito Internacional Privado de 1928 – CDIPr, o qual foi ratificado e promulgado pelo Brasil por meio do Decreto nº 18.871/29, pelo artigo 651 da CLT, e pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, por meio do Decreto-Lei nº 4.657/42 (MARTINS, 2013). Notável mencionar, que o conflito de regras de conexão relacionadas aos contratos de trabalho marítimos, não é muito apreciada pela doutrina, como também, não há muitos precedentes jurisprudenciais, logo, não há como confirmar qual é a atual prevalência da regra de conexão no Direito Brasileiro.

Todavia, conforme relata Martins (2013), a tendência dos tribunais brasileiros tem sido pela aplicação do princípio da territorialidade, com o uso dos artigos 651 da CLT e 198 do CDIPr, bem como, com a utilização da Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho, ora cancelada.

Além da aplicabilidade, em regra, do princípio da territorialidade, com o cancelamento da Súmula 207 do TST, foi possibilitada a aplicação da Teoria do Centro de Gravidade, com base nos dizeres da Lei 7.064/82, que se estabeleceu como uma exceção à regra (ROSA, 2013).

3.1 A aplicação do princípio da territorialidade e da *lex loci executionis* com a utilização do artigo 651 da CLT nos contratos marítimos

Nas lides trabalhistas em que se verificam a existência de conflito de normas no espaço, é comum a aplicação da lei do local da prestação dos serviços, utilizando-se do princípio da territorialidade e da regra de conexão *lex loci executionis* (MARTINS, 2013). Este entendimento ficou sedimentado, durante alguns anos, pela antiga Súmula 207 do TST que proclamava *in verbis*:

EXECUTIONIS. A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Por fim, considerando o entendimento fixado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88, foi acrescentado a CLT o artigo 651, que estabelece a competência das varas do trabalho como sendo da localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador, ainda que no estrangeiro (SALIBA, 2016).

Na vigência do contrato internacional de trabalho marítimo, há a possibilidade de o contrato ser regido por mais de um ordenamento jurídico, para a solução deste conflito são utilizadas duas hipóteses (MARTINS, 2013):

a) a teoria da primazia da lei da bandeira do navio, que vem sendo a regra para estes conflitos;

b) a regra de conexão *lex loci executionis* utilizada conjuntamente com o princípio da territorialidade.

Neste caso, a partir do entendimento brasileiro, é utilizado o princípio da territorialidade para solucionar os conflitos de normas internacionais decorrentes dos contratos dos trabalhadores marítimos, sendo aplicado o artigo 651 da CLT e, antes de seu cancelamento, era utilizada a súmula 207 do TST (SALIBA, 2016).

Ainda, quanto ao uso do princípio da territorialidade, será determinada a incidência da *lex loci executionis* nos contratos marítimos vigentes sobre a lei do local onde o serviço for prestado, ou seja, sobre as zonas marítimas em que o navio trafegar ou ancorar. Essa regra de conexão passou a ser aplicada também aos marítimos que mesmo laborando em navio de bandeira estrangeira, porém, prestando serviços em águas de jurisdição brasileira, será competente o ordenamento jurídico brasileiro para julgar essas causas (MARTINS, 2013).

Entretanto, considerando a possibilidade do contrato ser regido por mais de um ordenamento jurídico, surgiu uma terceira corrente para a solução deste conflito (ROSA, 2013). Esta corrente identifica os elementos de conexão existentes entre o caso concreto e os ordenamentos jurídicos relacionados, possibilitando ao empregado verificar qual norma seria mais favorável ao julgamento de sua lide.

Corroborando este entendimento, Carril Vázquez (1999, p.164-166), disserta sobre estas três possibilidades e a sua aplicação na Europa:

Como singular coletivo inquestionável nesta base, e em claro paralelismo com a referida Lei da União Europeia, estes acordos gerais de segurança social - incluindo os estipulados pela Espanha e outros parceiros da União Europeia - geralmente têm, sempre em nome dos trabalhadores do mar, o seguinte: 1) em comparação com a regra geral de aplicação da lei do Estado em cujo território (águas territoriais possivelmente) está a trabalhar, a escolha da lei do Estado em que está sinalizado o navio e, portanto, pela lei da bandeira. 2) Quando os trabalhadores são empregados para determinadas operações de carga e descarga, reparação e saída de controlo, etc., que a lei aplicável é a do Estado em cujas águas territoriais do navio está localizado, e não o Estado de pavilhão do mesmo; e 3) quando o

marítimo é remunerado por sua atividade por uma empresa ou uma pessoa que tem sua sede ou domicílio no território do Estado do qual ele é residente, que a legislação deste último Estado é aplicada.

Nesta mesma esteira, nos últimos anos vem sendo este o entendimento dos tribunais pátrios, como se verifica na ementa abaixo, colacionada do Tribunal Regional do Trabalho – TRT da 7ª Região:

RECURSOS ORDINÁRIOS - 1. RECURSO DAS RECLAMADAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RAZÃO DE TRABALHO REALIZADO NO EXTERIOR. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL. Contratado o obreiro no Brasil, a relação de trabalho mantida entre as partes deve ser regida pela legislação brasileira, ainda que do labor preponderantemente realizado em alto-mar, em tributo ao princípio da norma mais favorável ao empregado. Trabalhador submetido a processo de seleção, treinamento e contratação em solo brasileiro enquadra-se no campo de incidência da Lei 7.064/82, aplicando-se a legislação brasileira de proteção ao trabalho. Precedentes desta Corte e do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso conhecido e improvido (BRASIL, 2018).

Assim, a conexão com a lei brasileira pode ser reconhecida pela contratação ou pré-contratação do empregado em território nacional, sendo fator determinante para a não aplicação do princípio da territorialidade e, para a aplicação do ordenamento jurídico mais favorável ao empregado, seja ele nacional ou estrangeiro (ROSA, 2013).

3.1.1 O cancelamento da Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho

No período anterior a CF/88, nas lides envolvendo o contrato do trabalhador marítimo e conflitos de normas trabalhistas, o entendimento era pela utilização do princípio da *Lex loci executionis* (ROSA, 2013). A constante aplicação deste entendimento resultou na decisão do TST na criação do enunciado 207, o qual foi publicado no Diário Oficial em 11 de julho de 1985.

A aplicação da *Lex loci executionis*, nos conflitos de competência trabalhista, não garantia a proteção completa ao empregado, neste sentido Rosa (2013, p.136) relata que “a solução da Súmula 207 do TST não resolvia todos os problemas jurídicos existentes por meio da aplicação da *lex loci laboris*”.

Com a promulgação da CF/88, a qual possui como base uma proteção maior aos direitos humanos, sendo conhecida como “constituição cidadã”, iniciou-se uma evolução nos entendimentos dos tribunais nacionais, onde as jurisprudências buscavam a concessão de maiores direitos e melhor qualidade de vida e trabalho ao empregado.

Motivo pelo qual o TST buscou novos métodos para analisar e julgar os conflitos de normas, dentre estes, os que diziam respeito aos trabalhadores marítimos (MARTINS, 2013). Nos últimos anos houve um aumento nos casos relacionados aos conflitos de competência sobre todas as categorias, inclusive sobre os empregados marítimos, motivo pelo qual os TRTs passaram a aplicar a Lei 7.064/1982 em detrimento da

Súmula 207 e do princípio da territorialidade, devido ao fato da lei ser mais favorável ao trabalhador (ROSA, 2013).

Devido às decisões dos TRTs, foram interpostos recursos de revista ao TST, onde objetivando unificar as jurisprudências nacionais foi proferido acórdão, baseado na teoria do centro de gravidade, deferindo a aplicação da Lei 7.064/82 em detrimento da Súmula 207, conforme a ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO EXTERIOR. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. ARTIGO 3.º, INCISO II, DA LEI N.º 7.064/82. O Reclamante foi contratado no Brasil para prestar serviços em águas territoriais de Angola, restando incontroverso que a contratante integra grupo econômico do qual a PETROBRAS é a principal empresa. A contratação de trabalhador nestas circunstâncias atrai a incidência da Lei n.º 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. O artigo 3.º, inciso II, do referido diploma legal assegura ao empregado a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, sempre que for demonstrado ser esta mais favorável que a legislação territorial (BRASIL, 2009).

Diante da publicação do acórdão anterior, o princípio da territorialidade passou a ser analisado com base no artigo 651 da CLT e, quando possível, junto ao CDIPr, com o Enunciado 207 do TST sendo desaproveitável (MARTINS, 2013).

Assim, no entendimento dos tribunais brasileiros, verificou-se a aplicação do princípio da *Lex loci executionis*, como sendo a regra para a análise e julgamento dos conflitos de competência existentes nos contratos dos empregados marítimos, e o advento da teoria do centro de gravidade como uma exceção a regra, como se verifica na ementa atual do TRT da 2ª Região:

LEI APLICÁVEL. PULLMANTUR. CONTRATAÇÃO NO BRASIL. TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO. A Lei 11.962/09 alterou o artigo 1º da Lei 7.064/82, que regulamenta a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior, passando a aplicar de forma indiscriminada o princípio da norma mais favorável a todos os trabalhadores contratados ou pré-contratados no Brasil, ou transferidos ao exterior, e não mais somente aos profissionais de engenharia e afins. Dessa forma, em detrimento do princípio da territorialidade (*lex loci executionis*), passou a vigorar o princípio da norma mais favorável, com observância do conjunto de normas relativas a cada matéria, o que culminou, inclusive, com o cancelamento da Súmula 207 do C. TST (BRASIL, 2018).

Assim, tendo o TST percebido a inaplicabilidade da Súmula 207, ante a constante aplicação da Lei 7.064/1982 e o uso do princípio da territorialidade apenas nos casos anteriores a esta lei, o enunciado foi cancelado por meio da Resolução 181 do TST de 23 de abril de 2012.

3.2 A teoria do centro de gravidade e o princípio da norma mais favorável

A teoria do centro de gravidade foi iniciada nos Estados Unidos em 1971, onde surgiu como alternativa para designar o direito aplicável ao caso concreto. Esta teoria estabelece que, no caso de conflito de norma, poderá o juízo desconsiderar a aplicação das regras de conexão do DIPr, e determinar a utilização da lei do local onde o empregado teve forte ligação durante o exercício de seu labor, com base na proximidade do local (MARTINS, 2013).

Em 1982, antes mesmo da CF/88, a ideia de aplicação da norma mais favorável já se fazia presente no artigo 3º, inciso II da Lei 7.064/82, a qual era exclusiva para trabalhadores, da área da engenharia, contratados no Brasil, enquanto isso, aos demais trabalhadores, prevalecia a regra da súmula 207 do TST. Entretanto, ante ao benefício ser aplicado apenas a certo grupo de trabalhadores, em 2009, a Lei 7.064/82 foi editada para que seu artigo 3º, inciso II, fosse estendido a todos os empregados brasileiros (ROSA, 2013).

Devido a isso, surgiram decisões paradigmas no TST que deliberavam pela utilização da teoria do centro de gravidade em detrimento da Súmula 207, como se verifica na ementa do acórdão do TST:

TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO - EMPREGADO PRÉ-CONTRATADO NO BRASIL - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL 1. O princípio do centro de gravidade, ou, como chamado no direito norte-americano, *most significant relationship*, afirma que as regras de Direito Internacional Privado deixarão de ser aplicadas, excepcionalmente, quando, observadas as circunstâncias do caso, verifica-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. É o que se denomina “válvula de escape”, dando maior liberdade ao juiz para decidir que o direito aplicável ao caso concreto. 2. Na hipótese, em se tratando de empregada brasileira, pré-contratada no Brasil, para trabalho parcialmente exercido no Brasil, o princípio do centro de gravidade da relação jurídica atrai a aplicação da legislação brasileira (BRASIL, 2009).

Com a revogação da Súmula nº 207 do TST, houve um favorecimento ao princípio da norma mais favorável, a qual pode ser utilizada para solucionar os conflitos de legislações, tendo como base a Lei. 7.064/1982 (BOMFIM; CARELLI, 2016).

Conforme já dito *alhures*, com a utilização da Lei 7.064/1982 e com a aplicação da teoria do centro de gravidade e do princípio da norma mais favorável, o enunciado 207 foi cancelado. Neste sentido, Rosa (2013) relata que o entendimento do TST foi dividido em quatro possibilidades, sendo elas:

- a. aplicação da regra *lex loci executionis* para os casos ocorridos antes da promulgação da Lei 11.962/09, para trabalhadores contratado no Brasil para trabalhar no exterior
- b. aplicação da Lei 7.064/82 para os trabalhadores contratados no Brasil e transferidos, ou contratados diretamente no exterior para o ramo da engenharia;
- c. aplicação do ordenamento jurídico brasileiro ou estrangeiro, sendo utilizado

o que for mais favorável ao trabalhador contratado no Brasil, que aqui tenha laborado e após seja removido para país estrangeiro.

d. nos casos após a promulgação da Lei 11.962/09, aplica-se a Lei 7.064/82 para todos os trabalhadores.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da globalização mundial e da constante utilização do mar, o empregado marítimo passou a ser mais reconhecido e visado, haja vista, a importância que a OIT passou a dar a este setor. A partir deste novo foco esperam-se melhorias ao setor, em especial quanto as suas adversidades e métodos de contratação, onde a OIT continua buscando formas de melhoria.

Quanto aos conflitos de competência trabalhista, o que seria uma das principais dificuldades enfrentada pelos trabalhadores marítimos, os tribunais brasileiros evoluíram seu entendimento sobre esta questão pertinente. Como demonstrado no teor deste artigo, o entendimento predominante no TST (uma vez que ainda não é unânime ante a contradição de uma das oito turmas) é pela aplicação da teoria do centro de gravidade, especialmente, quando restar evidente a ligação do trabalho com o Estado Brasileiro.

Todavia, esta aplicação apenas ocorrerá após uma completa análise do caso concreto, uma vez que de forma incipiente será empregada a Lei do Pavilhão, em atenção ao princípio da *Lex loci executionis*.

Com o cancelamento da Súmula 207, o TST iniciou uma revolução jurisprudencial sobre o tema. Assim, por mais que o entendimento do TST caminhe para uma unanimidade, o mesmo não pode ser dito dos demais tribunais e varas trabalhistas ao redor do Brasil, logo, é crível afirmar que ainda não há, taxativamente, um entendimento predominante sobre qual a solução para o conflito de competência analisado sobre o contrato de trabalho do empregado marítimo, mas é importante ressaltar a evolução apresentada nos últimos anos em relação a este tema, tanto em questões normativas, doutrinárias ou jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

BAUER, Paul J. The maritime labour convention: and adequate guarantee of seafarer rights or an impediment to true reforms?. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, vol.8, n 2, jan, 2008;

BOMFIM, Bianca Neves; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O trabalho realizado em navios e a aplicação da legislação material trabalhista. **Revista LTr: legislação do trabalho**, v. 80, n. 6, p. 680-684, jun.2016.

BRASIL. Casa Civil. **Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9537.HTM>. Acesso em: 04 dez. 2018

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Recurso Ordinário n. 1001939-13.2017.5.02.0069**. Recorrente: Ramses Cristhofer Fernandes Evagelista dos Santos. Recorrido: Pullmantur S/A e outros. Relatora Desembargadora Odette Silveira Moraes. São Paulo, 16 out 2018. Disponível em: <http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=colet_a011&docId=7da48562199e7cb700d56c52fb506bdaec53d06&fieldName=Documento&extension=htm> Acesso em: 18 nov. 2018

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. **Recurso Ordinário n. 000071-44.2017.5.07.0015**. Recorrente: Igor Sampaio Moreira Lima e outros. Recorrida: MSC Cruzeiros do Brasil e outros. Relator Desembargador Claudio Soares Pires. Recife, 23 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/integra.aspx?opcao=379823>> Acesso em: 18 out 2018;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 12700-42.2006.5.02.0446**. Recorrente: Costa Cruzeiros Agência Marítima e Turismo Ltda. Recorrida: Natalie Lassalvia Vaz de Lorena. Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 06 de maio de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&numeroFormatado=ED-RR%20-%2012700-42.2006.5.02.0446&base=acordao%rowid=AAANGhAAFAAAi7KAAS&query=>>> Acesso em: 21 nov. 2018;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 219000-93.200.5.01.0019**. Recorrente: Braspetro Oil Service Company. Recorrido: Amado Rosa. Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consulta_documento/acordao.do?anoProclnt=2005&numProclnt=100739&dtaPublicacaoStr=18/12/2009%2007:00:00&nia=5022648> Acesso em: 21 nov. 2018;

CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel. **La seguridad social de los trabajadores del mar**. Madrid: Civitas Ediciones S.L, 1999.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**, volume I: teoria geral. Barueri: Manole, 2013.

MENDES, Daniele. Sobrevivendo à marinha mercante. **Anamatra**. Brasília, ano XVIII, nº 52, p. 14-22, jan-jul. 2017

PEDROSO, Marcelo Fanfa. KÜMMEL, Marcelo Barroso. A proteção do trabalhador marítimo frente ao uso dos registros de bandeira de conveniência. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p 15-42, jan-jul. 2017.

PINTO, Diego Freitas Leite. **Contratos de trabalho**: conflitos de lei e de jurisdição no que tange aos trabalhadores marítimos brasileiros de navios cruzeiro. 2013. 67 f. Monografia.(Graduação em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ROSA, Marília Zanchet. A materialização do direito internacional privado brasileiro: o cancelamento da súmula nº 207 do TST. Porto Alegre, ago.2013. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/35715/29866>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

SALIBA, Graciane Rafisa. Trabalhadores brasileiros transferidos para o exterior: a aplicação do direito nos contratos de trabalho com conexão internacional. **Revista Científica Fagoc Jurídica**, Ubá, jul-dez 2016. Disponível em: <<https://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/215/191>>. Acesso em: 06 set. 2018.

V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 2017, Ijuí, **Anais**. TONIAL, Maria Angélica Dal Conte. BARBOSA, Euclécio. Contrato internacional de trabalho marítimo: a lei mais benéfica no conflito de leis do trabalho no espaço. Ijuí: UNIJUÍ, 2017.

NOVA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Valeska Denise Sousa Garcês

Universidade Estadual de Londrina
Londrina - Paraná

David Sousa Garcês

UERN - Universidade do Estado do Rio Grande
do Norte
Mossoró - RN

Diego Matos Araújo Barros

UNILAB - Universidade da Integração
Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Redenção - CE

Erika Almeida Chaves

UNILAB - Universidade da Integração
Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Redenção - CE

José Airton Almeida Uchôa

UFC - Universidade Federal do Ceará
Fortaleza - CE

Sara Regina Santos Oliveira

UNILAB - Universidade da Integração
Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Redenção - CE

RESUMO: A proposta do presente artigo é analisar com base nas doutrinas, o fenômeno da Nova Lei da Terceirização no ordenamento jurídico trabalhista, assim como suas vantagens e as desvantagens tanto para o empregado quanto para o empregador. De início foi contextualizado os direitos sociais

no âmbito da Constituição Federal, com suas fundamentações e argumentações pautadas no Direito do Trabalho, como forma de se alcançar o trabalho digno como um direito fundamental. Logo em seguida foram tratados os princípios fundamentais utilizados no equilíbrio das relações de trabalho e emprego, assim como as principais características que determinam tais relações. Em seguida é realizado o estudo da nova lei da Terceirização, demonstrando-se os efeitos causados e suas consequências no que se refere às fraudes aos princípios e regras essenciais do direito do trabalho. Adotou-se o método dedutivo, que parte de conceitos gerais para o particular, enquanto que o tipo de pesquisa adotada foi à bibliográfica, em razão da utilização de textos dos autores selecionados. Contudo, cabe destacar que a discussão sobre a Nova Lei da Terceirização perpassa sobre distintos contextos sociais, onde, se encontram acoplados questionamentos de ordem econômica, política, histórica e cultural que contribuem para a construção de uma sociedade mais digna e humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Princípios. Relações de Trabalho. Terceirização.

**NEW LAW OF THIRD PARTY:
ADVANTAGES AND DISADVANTAGES**

ABSTRACT:The purpose of the present study

is to analyze the phenomenon of the New Law of Outsourcing in the labor legal system, as well as its advantages and disadvantages for both the employee and the employer, based on the doctrines. At the outset, social rights are contextualized within the scope of the Federal Constitution, with its foundations and arguments based on Labor Law, as a way to achieve decent work as a fundamental right. The main principles used in the balance of labor and employment relations, as well as the main characteristics that determine these relations, are discussed below. Next, the study of the new Outsourcing Law is carried out, trying to demonstrate the effects caused and their consequences in relation to fraud to the principles and essential rules of labor law. The deductive method was adopted, starting from general concepts for the particular one, whereas the type of research adopted was to the bibliographical one, due to the use of texts of the selected authors. However, it should be pointed out that the discussion about the New Law of Outsourcing pervades different social contexts, where economic, political, historical and cultural questions are coupled, contributing to the construction of a more dignified and humane society.

KEYWORDS: Labor Law. Principles. Work relationships. Outsourcing.

INTRODUÇÃO

A atual conjuntura socioeconômica, política e cultural brasileira, está sendo marcada por distintas mudanças que estão afetando de forma direta e indireta a população do país. Vários setores da sociedade civil estão sofrendo e arcando com todas essas mudanças, onde, os mesmos, tentam a todo custo demonstrar a partir de manifestações pacíficas aos representantes do povo que as referidas mudanças irão e estão afetando diretamente à vida de todos.

Dito isto, pode-se observar que, a população brasileira vai de encontro às propostas apresentadas e aprovadas pelo governo no tocante às Reformas Trabalhistas e da Nova Lei da Terceirização, argumentado que as mesmas surgem como forma de privilegiar os setores detentores do poder econômico e político do país e que de nada representam seus anseios e desejos, e até mesmo lhes privam de muitos direitos conquistados em outrora e resguardados pela Constituição Federal de 1988. O governo a todo custo, enfatiza para todos os setores da sociedade que, essas mudanças, são necessárias e urgentes e que servirão como “modelo” para o desenvolvimento do país. Porém é interessante frisar que, essas mudanças também foram influenciadas por modelos governamentais de outros países, que vivenciam outras realidades em termos organizacionais e culturais distintas do Brasil, que fazem com que esses modelos sejam satisfatórios para os mesmos. Diante dessa discussão, não se pode deixar de “lado” o “olhar” dos doutrinadores do ordenamento jurídico trabalhista, no tocante a essa questão, onde, se faz urgente e necessário seus posicionamentos frente à respectiva, no intuito de demonstrar e esclarecer junto a distintos seguimentos sociais: sindicatos, universidades, escolas, conselhos de classe, conselhos comunitários, dentre outros; assim como os meios de comunicação de massa, como ocorrerão essas mudanças.

Partindo desse sentido, cabe levantar o seguinte questionamento *a priori* sobre o tema: Partindo do âmbito da Reforma Trabalhista quais são as vantagens e desvantagens que a Nova Lei da Terceirização traz para os empregados e empregadores de distintos contextos sociais? Destarte, o questionamento ora levantado constitui a "mola-mestra" deste processo investigatório sobre o tema. Nessa perspectiva, o referido trabalho traz no "corpo" de seu texto, uma discussão teórica sobre as vantagens e desvantagens da Nova Lei da Terceirização, com o intuito de esclarecer quais os principais impactos socioeconômicos, políticos e ideológicos que serão atrelados junto à sociedade a partir da mesma. A compreensão das mudanças governamentais que, por ora, estão ocorrendo em nosso país, por parte de todo cidadão brasileiro, é de suma importância, haja vista que, as mesmas, serão responsáveis pelo desenvolvimento econômico e político do Brasil e irão refletir no modo de vida e de trabalho de nossas futuras gerações.

DESENVOLVIMENTO

O Presente artigo tem como principal objetivo colaborar com uma visão simplificada sobre o debate da terceirização em face da reforma trabalhista aprovada recentemente em nosso país, buscando de forma acessível analisar os argumentos levantados para justifica-la, e em contra partida disponibilizar os contrapontos aos pensamentos predominantes. Tendo a globalização como uma ferramenta dominante no relacionamento de poder e dominação, isso numa suposta subordinação entre o capital produtivo e as finanças do capitalismo, e evidente o questionamento do papel dos Estados nessas relações, como forma de compreender como tais políticas acabam por deixar fragilizados os direitos sociais, sendo que essas relações passam a ser ainda mais vulnerável nas relações entre empregado e empregador tomando como base os processos produtivos de industrialização do capital econômico, portanto como maneira de se demonstrar esse questionamento foi dado um elevado grau de importância na discussão do processo de constitucionalização dos direitos, de tal forma a desvendar as ideias nas perspectivas tanto no aspecto econômico, ideológico e principalmente político que tende a tentar a explicar os motivos ilusório que se respalda a reforma.

No curso do caminho da Consolidação das Leis do Trabalho, encontramos diversos questionamentos teóricos e dentre os mesmos podemos simplificarmente resumi-los em dois pensamentos, o primeiro seria os que abordam a teoria de uma legislação ainda mais rígida, ou seja, insistem na rigidez das normas trabalhistas, tomando como contrapartida a incompatibilidade da mesma com a modernidade, vinculando a geração de emprego a uma maior flexibilização das relações de trabalho como uma das formas de desenvolvimento da produtividade. O outro pensamento seria uma direção contrária, pois esses pensadores afirmam seria uma ideia errônea fazer o vínculo da dinâmica da economia com a regulamentação dos direitos trabalhistas, e

defendem que tais direitos juntamente com as instituições governamentais não devem sucumbir aos mercados econômicos e principalmente aos internacionais. Dentro da formulação dessas reflexões passamos a abordar os contrapontos abordados na aprovação da Nova Lei de Terceirização. Nas últimas duas décadas temos presenciado notáveis modificações nas formas de organização de produção, e juntamente com essas, grandes reformulações na forma de reorganização do sistema trabalhista, pois novas maneiras de se contratar surgiram com a fundamentação de se atender a modernidade das novas empresas, sendo nessa conjuntura que a contratação por meio de terceirização passa ter uma maior evidência, tendo em vista atender as necessidades dessas instituições que tem em seu principal objetivo a melhoria da qualidade do produto e/ou do atendimento da prestação do serviço. Atualmente no país, o que ocorre é que a legislação foi verdadeiramente desvirtuada pela realidade.

Portanto ao conceituar-se o termo Terceirização, tem-se que inicialmente observar que o mesmo recebe diversas denominações em pois o sistema jurídico trabalhista, sendo também conhecido como subcontratação, contrato de fornecimento, parceria, e diversas outras que existem como forma de burlar a definição a legislação juntamente com suas responsabilizações. Conforme determina em sua doutrina Batista (2016) “o termo terceirização é um neologismo, entendido como a combinação da palavra “terceiro” somada ao sufixo “izar”, que corresponde ao sentido de ação”.

Já para Delgado (2007) define a terceirização trabalhistas como:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que seria correspondente. (...) A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO, 2007, p. 430).

Logo observa-se fortemente que a terceirização é mais uma constituição dos ramos da Economia e da Administração do que mesmo um instituto do Direito, dessa forma é uma relação contratual com uma manifestação trilateral de vontades. Partindo dessa premissa a nova dinâmica capitalista tem com base a flexibilidade uma ótima estratégia para concretizar a precarização do trabalho, tendo no processo de terceirização um perfeito meio para se propiciar um alto nível de acumulação ilimitado de capital. Feitas as devidas elucidaciones a respeito da relação de trabalho no que tangem ao fenômeno da terceirização, passa-se agora a analisá-lo como uma espécie dessa relação jurídica, assim como as suas diversas peculiaridades. Com base na discussão em torno da legalidade ou da ilegalidade da terceirização ver-se que é algo bastante controverso tanto no âmbito jurisprudencial como também nas doutrinas, pois a maior indagação é se essa forma de contratação estaria sendo utilizada como

um instrumento de barganha da real utilização da mão-de-obra ou a não aplicação da legislação trabalhista, a realidade é que dessa maneira está se rompendo a parede protetiva nos casos concretos, projetando-se por consequência em uma contratação ilícita ou não. Portanto para um refinamento de tais acontecimentos, torna-se fundamental a análise cuidadosa no caso concreto, pois a prática é cada vez mais comum no atual nas relações de trabalho, pois cada vez mais os prestadores de serviços além de terem uma relação bem próxima de pessoalidade, também são cada vez mais subordinados aos prestadores de serviços, nesses casos a questão a ser discutida não é a integridade das empresas, mas o vínculo da relação de trabalho que deixa de ser com a empresa primária e passa a ser com o tomador, ou seja, que contratou a mão-de-obra.

Vale ressaltar os ensinamentos de Martins (2000), sobre os requisitos da terceirização e suas possíveis maneiras de torna essa prática ilícita:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento de subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto a seus empregados. Na verdade, a terceirização implica a parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter nenhuma subordinação com a terceirização, nem poderão estar sujeitos a seu poder de direção, caso contrário existirá vínculo de emprego. Aqui há que se distinguir entre a subordinação jurídica e a técnica, pois a subordinação jurídica se dá ordens e a técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente quando nas dependências do tomador. Os prestadores de serviços da empresa terceirizada não estarão, porém, sujeitos a prova, pois, são especialistas no que irão fazer. Se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e pessoalidade como o tomador dos serviços (MARTINS, 2000, p. 153).

Logo o ensinamento acima deixar claro que continua ainda maior o desafio com a aprovação da nova lei da terceirização, uma vez que até para os juristas fica cada vez mais instigante as desatualizações jurídicas sobre o tema, isso sem falar em sua expansão na sociedade como uma prática formal de contratação sem que ocorra a perfeita adequação da realidade com a normatização. Portanto ao tratar da contratação terceirizada de forma lícita no nosso país, temos como base fundamental a súmula 331, do TST, na qual estão previstos os quatro grupos ou modalidades que a lei autoriza que seja utilizado tal tipo de contratação, tais como Trabalho Temporário, Serviços de Vigilância, Serviços de conservação e limpeza e serviços especializados à atividade-meio do tomador.

Tecendo um breve comentário as mudanças da súmula tem-se que as

fundamentais mudanças seriam referem à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas decorrentes da relação, que somente ocorrerá se a parte (tomador de serviços) houver participado da relação processual e desde que conste também do título executivo judicial (nova redação do inciso IV). Foi ainda acrescentado o inciso VI, segundo o qual a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. É bastante relevante as definições de atividades meio e atividades fim no que tangem aos estudos das mudanças da legislação trabalhistas, ainda mais quando o assunto tratado seria terceirização dessas atividades, pois sem suas devidas definições passar a ser vulnerável tais contratos.

Para Delgado (2015):

Atividades-fim podem ser conceituadas como funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência, dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (DELGADO, 2015, p. 440).

Pode-se trata de forma simples a atividade- fim como sendo aquela que como o proprio nome sugere como sendo a essencial e norma para empresa ter sua constituição e funcionamento, tendo com uma das suas finalidades aproveitamento direto da atividades descrita em seu contrato social, como por exemplo uma fábrica de colchões tem como objetivo a produção de colchões, mas também necessita das atividades de serviços de limpeza, manutenção de maquinário, serviços de contabilidade, vigilância e etc, as quais podemos considera como atividades-meio ou mesmo atividade acessória, pois são aquelas que não estão diretamente relacionadas a atividade principal da empresa ou da fábrica, como no exemplo citado anteriormente da empresa de colchões. Na teoria as definições e distições de tais atividades são até simples e possíveis, independente da corrente adotada, entretanto a análise dos casos concretos, encontram diversas dificuldades para identificar as atividades. Na realidade o que ocorre e que tais conceitos não são jurídico-trabalhistas, passando a conter muitos contraditórios sobre os seus conceitos, e isso sem mencionar em sua aplicação no ambito juridico trabalhista, pois o contexto social diverge e muito do que os os juristas tem proposto em suas teorias.

Portanto é valido mencionar que com o veto do atual Presidente da República Michel Temer, não há mais no que se fala em atividade meio ou mesmo atividade fim, pois o mesmo sanciona a permissão da tercerização de todas as atividade da

empresa, ou seja, a atividade-fim passar a partir de agora a ter a liberação para ser executada por qualquer empresa, mesmo que não seja essa a finalidade para que foi constituída em seu contrato social, mesmo depois de ouvir todos os órgãos envolvidos, fundamentou que sua decisão foi pautada na justificativa de a nova lei irá facilitar as contratações pelas empresas. O tema dividiu empresários e trabalhadores pois a ideia principal da medida prevê que a empresa tercerizada possua o poder de contratar sem mais nenhuma limite no que tangem os contratos, isso poderá ocorrer até mesmo com a administração pública, deixando assim a porta ainda mais aberta para as fraudes trabalhistas. Vale ressaltar que as tercerizadas também receberam a autorização para subcontratar outras empresas para executarem os serviços contratados, assim como a renumeração e organização do trabalho, passando assim por conseguinte a ser conhecido como “quarterização”. Assim, seguindo nesse contexto, passar-se a uma análise e discursão das vantagens e desvantagens da nova lei tercerização.

O presente artigo traz, após toda análise teórica dos temas anteriores, os pontos positivos e negativos da reforma trabalhista, no que tangem a tercerização. Como estudado, o conceito das relações do trabalho dentro dos modelos atuais, estão baseados na mais-valia como uma forma de propriedade do trabalho. Sendo que, a ideia principal do capitalismo no século XXI, seria fundamentalmente à exploração do trabalho humano, para que os lucros sejam elevados ao máximo, buscando-se artimanhas jurídicas para o modelo de contrato de emprego, onde esses são ainda mais vantajosos do que os conhecidos como o modelo pós-fordista.

O sistema pós-fordista de produção se caracteriza, sobretudo, pela sua flexibilidade. [...] Os mercados são cada vez mais volúveis e imprevisíveis. [...] A empresa individual, portanto, põe ênfase na flexibilidade, na sua capacidade de reagir a, e de procurar mudanças de mercado. A flexibilidade se manifesta de várias formas: em termos tecnológicos; na organização da produção e das estruturas institucionais; no uso cada vez maior da subempreitada; na colaboração entre produtores complementares. À flexibilização na produção corresponde uma flexibilização dos mercados de trabalho, das qualificações e das práticas laborais (BODDY, 1990, p. 46).

Dito isto, podemos enfatizar que, o fenômeno da tercerização é uma realidade mundial, onde seu procedimento é conhecido como o ato do empregador transferir para um terceiro (empresa tercerizada) a efetivação da sua atividade-meio, habilitando esse para executá-la como sendo sua principal. Isso ocorre pelo fato da tercerização possuir uma forma de organização e gestão do processo produtivo, prova, pois, a tercerizada passa a ter a competência, habilidade e perícia técnica mais apropriadas para melhor execução, por está mais envolvida no processo produtivo da atividade a ser tercerizada, e com essa ferramenta passa a ser possível a ampliação e estímulo do empreendedorismo, juntamente com o aumento da competitividade e assim a busca por uma geração de novos empregos formais acaba por ser uma mais presente na realidade dessas empresas.

Assim, passa-se a discussão da análise das vantagens e desvantagens da nova

lei da terceirização, juntamente com o seu uso doloso, assim como a nova lei trata a precarização do trabalho terceirizado. Partindo desse sentido, iremos utilizar dentro do referido texto, os pressupostos principais como os aspectos relativos ao direito do Trabalho, não esquecendo o objetivo principal da reforma que seria a “modernização” do sistema, mesmo que para isso tenham que ser desconstruídos os fundamentos ou mesmo os pilares que estrutura a Justiça do Trabalho como uma instituição que concretiza um direito social dotado de princípios e fisionomia próprios e junto com eles a cidadania e a dignidade dos trabalhadores, e troca de atender as necessidades do capitalismo.

Com a nova lei da Terceirização surgindo na atual conjuntura nacional, procurou-se compreender o que a mesma traz em seu texto de vantagem e desvantagem para a população brasileira frente à forte crise política e econômica enfrentada pelo país. Nessa concepção que surge a nova lei da terceirização, e logo após a respectiva, o grande golpe da Reforma Trabalhista, como mudanças drásticas no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. Dito isto, passar-se observar que, uma das vantagens da nova lei seria à criação de mais empregos, que, nessa circunstância, garantiria a empregabilidade dos trabalhadores, uma vez que, as possibilidades de mais contratos através da terceirização de diversas formas foi aprovada na nova lei.

Também existe a proposta e a esperança da manutenção do padrão salarial, onde, junto a essa alegação, está a de que os obreios não iriam perder os seus principais direitos, apoiando-se na justificativa de que, ao contrário, aumentaria ainda mais a segurança jurídica nos contratos terceirizados, fato esse que atualmente não ocorre. Há uma corrente forte que fundamenta a teoria de maiores salários, em virtude de uma maior possibilidade da contratação de mão de obra altamente especializada e conseqüentemente melhor remunerada, por isso que a escolha pela terceirização é uma grande vantagem pelo fato de a mesma ser vista: por um lado, como forma de estratégia de negócios; e por outro, como aumento de competitividade por meio da concentração de cuidados ainda maiores no desenvolvimento dos serviços e da produção.

A principal vantagem dessa nova lei seria que agora tem uma legislação específica que regula os contratos terceirizados, e não mais apenas uma interpretação do Tribunal Superior do Trabalho – TST; que permitia apenas a contratação da atividade meio das empresas e vedava a contratação terceirizada da atividade fim, ou seja, aquela para a qual a empresa foi concebida para seu normal funcionamento. Portanto, após essa referida discussão iremos dar continuidade no corpo do texto com a análise das desvantagens que assolam a nova legislação que trata sobre terceirização. Partindo da ideia que agora existe uma legislação específica que regula os contratos de terceirização, passamos portanto, a enumerar e seguidamente explicar o que não vem a beneficiar os trabalhadores. Tal lei deixa claro que o grande beneficiário com tais mudanças são os empresários das grandes corporações, uma vez que, os mesmos, não terão mais que se preocupar com a contratação direta

de trabalhadores especializados para o funcionamento da empresa, podendo deixar essa responsabilidade com as empresas que terceirizam tais serviços.

Portanto, uma das mudanças desvantajosas demonstrada pela nova lei é que o empresário não precisa mais se preocupar com o que seria sua atividade-fim ou a meio, uma vez que, a legislação aprovada permite qualquer que seja a atividade e em qualquer setor da economia. Outro ponto a ser tratado é no tocante a responsabilidade do contratante e do tomador de serviços, sendo que, tal responsabilidade é subsidiária no que tangem os débitos trabalhistas da empresa que terceiriza os serviços, isto é, a empresa que terceiriza será a primeira na ordem de responsabilidade, caso não haja possibilidade de cobrança, somente depois a empresa contratante irá ser responsabilizada, uma vez que, atualmente de forma solidária as duas empresas são responsabilizadas nos processos trabalhistas. E dessa forma a lei deixa claro que a empresa contratante do serviço terceirizado só será responsabilizada em última instância.

O tópico que trata do capital social mínimo da prestadora de serviços é um dos mais relevantes, pois o capital deve está de acordo com o número de funcionários, onde esta é uma das formas de aumentar a segurança jurídica da tercerizada. Vale lembrar que a abertura de empresas atualmente no país possuem uma rigidez sem limites, no tocante a abertura de empresas de distintos setores econômicos, sendo que, a legislação vigente não exige nenhuma comprovação concreta de documentações e registros nos órgãos responsáveis, tal informação fica evidente pela quantidade de empresas que abrem e fecham em nossos Estados sem nenhum controle, pois conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2014): “a cada 10 empresas que abrem por ano, seis fecham antes mesmo de completa 5 anos (IBGE, 2014)”.

Vale ressaltar que uma das principais vantagens que a nova lei da terceirização traz em seu texto é a não permissão da substituição de funcionários registrados por prestadores de empresas individuais, pois não será necessário uma vez que a pejetização passou a ser uma prática reconhecida como lei no meio dos contratos trabalhistas. Dito isto, se faz necessário a realização de um quadro comparativo das principais mudanças que ocorreram com a nova lei da terceirização, a saber:

ATIVIDADES QUE PODEM SER TERCERIZADAS	
COMO ERA	COMO FICOU
Não havia uma lei específica. O que existia era uma interpretação do TST (Tribunal Superior do Trabalho) que vedava a terceirização da atividade fim das empresas e permitia a contratação para atividades meio;	Liberação irrestrita da terceirização de todas as atividades, exceto as que possuem lei especial e própria, como domésticas, empresas de vigilância e transporte de valores.
TERCERIZAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO	
COMO ERA	COMO FICOU

<p>A empresa contratante era solidária as obrigações trabalhistas que eventualmente não fossem arcadas pela prestadora de serviço terceirizada. Ou seja, se o trabalhador acionasse a justiça por qualquer motivo, contratante e contratada respondiam igualmente à ação;</p>	<p>Pela nova lei de terceirização, a empresa contratante responde de forma subsidiária na justiça. O que equivale a dizer que, ambas as empresas continuam responsáveis por eventuais débitos trabalhistas mas, primeiramente será feita a cobrança da terceirizada. E então, havendo impossibilidade de pagamento, a contratante será responsabilizada de forma subsidiária.</p>
CAPITAL SOCIAL MINIMO	
COMO ERA	COMO FICOU
<p>As empresas prestadoras de serviços a terceiros não tinham exigência de um capital social mínimo</p>	<p>Agora é necessário que a empresa comprove um capital social mínimo conforme tabela abaixo. O valor do capital social da empresa determina o montante da responsabilidade dos sócios perante credores e terceiros, incluindo funcionários.</p>

Quadro 1 – Comparação do antes e do depois da nova lei da terceirização.

Fonte: adaptado de contabilizei, 2017.

E por último foi modificado a questão do tempo de contrato temporário que o mesmo muda de 3 (três) meses, prorrogados uma única vez de modo a não exceder os 90 dias, para até nove meses, com a previsão de mais 90 dias caso seja comprovada a necessidade da manutenção dos contratos temporários, ou seja, os contratos “temporários” em outras palavras passar a ser permanentes uma vez que quase um ano para o empresário decidir se vai ficar com o funcionário ou não. Destacam-se nessas desvantagens às mudanças efetuadas na lei do trabalho temporário que foi um dos principais motivos para a aprovação da nova lei da terceirização, dessa forma acredita-se evidenciar as alterações da Lei n. 6.019/74 no que tange o trabalho temporário em quatro perspectivas sendo elas: os pressupostos legais para a contratação de trabalhadores temporários; responsabilidade do tomador; prazo de contratação e o tipo de atividade. Portanto as alterações na referida lei, disciplinam as regras da Terceirização. No que tocam a primeira perspectiva houve as mudanças para a contratação do trabalho temporário no sentido que anteriormente os elementos legais seriam quando ocorresse um aumento extraordinário de serviços ou substituição provisória de funcionários regular e permanente.

A nova lei modifica o aumento extraordinário para demanda complementar de serviços e não mexe no quesito substituição, ampliando assim para qualquer demanda previsível e imprevisível, vejam como ficou o artigo 2º e parágrafo 2º:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de

peçoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (...) § 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

Quanto à responsabilidade do tomador de serviços fica previsto que o mesmo ficará responsável pelas condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores temporários, assim como deve garantir aos temporários atendimentos médico, ambulatorial e de refeição. Nessa perspectiva os serviços não devem possuir diferença entre os empregados contratados e os temporários. Logo deixa evidente que a tomadora nas questões trabalhistas terá responsabilidade subsidiária no período que o trabalhador temporário prestar serviços para a mesma, sendo que, não é mais necessário o judiciário decidir tal questão.

No caso do prazo do contrato temporário para que ocorra a prorrogação não será mais necessária à autorização do Ministério do Trabalho, e o tempo foi modificado para o prazo máximo de 270 dias, sendo o contrato que passar desse prazo só poderá ser novamente contratado, ou seja, efetuado um novo contrato após 90 (noventa) dias, após o término do primeiro contrato. Isto posto, no contrato temporário, o trabalhador poderá desempenhar suas funções tanto na atividade-meio como na atividade fim da empresa tomadora de serviços.

Define, portanto o artigo 9º da referida Lei:

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà: (...) § 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Apesar de serem regidos pela mesma lei é importante salientar a diferenciação do trabalho temporário e a tercerização, pois os mesmos não se confundem. No primeiro caso a empresa tomadora deverá cumprir as especificações que a lei claramente determina, sendo que o trabalhador ficará subordinado à tomadora e não à empresa prestadora como é no caso da tercerização. Sendo a empresa tomadora a responsável pela direção, disciplina e técnica a ser executada pelo trabalhador temporário, à mesma, sempre terá à sua disposição esse obreiro; já no caso da tercerização, ocorre o contrário, pois tudo é voltado para a empresa que presta o serviço, ou seja, entre o trabalhador tercerizado e a empresa tomadora de serviços não existe nenhuma subordinação e nem pessoalidade, pois o mesmo está diretamente ligado a terceira que presta serviços.

Contudo partindo da análise dos pontos controvertidos da nova lei da tercerização ora realizada - a qual ficou muito evidente a confusão com a contratação do trabalho temporário - ficou bastante confuso as questões que tange a contratação do

trabalho temporário, haja vista que, a respectiva lei deveria servir como instrumento de esclarecimento e de ordem das funções dos obreiros que venham a serem “beneficiados” com a mesma. A grande preocupação que fica nas entrelinhas é de quem será a responsabilidade financeira, ou seja, quem irá arcar com os custos em todos os sentidos que o trabalhador trará para a empresa que se beneficia da força de trabalho do mesmo. A única informação óbvia, porém, não clara, é que parece que estamos regredido aos primórdios, como no início das civilizações, podemos dizer uma “escravidão moderna”, onde o empresário é o senhor feudal e as empresas terceirizadas seriam os atravessadores e os trabalhadores escravos, meras coisas. Já no preceito da precarização do Trabalho Terceirizado, podemos até acreditar que a terceirização será uma modernização para o direito do trabalho, ou mesmo que com ela aumentam-se os empregos, mas isso consistirá o mesmo que acreditar em falácias, uma vez que, os argumentos usados pelos legisladores são no mínimo sem fundamentos, pois não será a nova lei de terceirização que irá modificar os quadros econômicos atuais do nosso país.

A aprovação da nova legislação nada mais é que uma prova da precarização dos terceirizados e uma derrota da classe trabalhadora, pois a previsão se consagra das retiradas dos direitos previstos constitucionalmente, em que fica evidente o tratamento igual aos desiguais, contrariando o princípio constitucional da igualdade “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42)”. Falar que a terceirização não torna precário o sistema de condições de trabalho, é o mesmo que acreditar em argumentações sem fundamentação, pois ao aprovar a nova lei da terceirização, acaba por deixar ainda mais evidente a degradante conjuntura brasileira dos meios de produção e serviços, onde são fatos concretos os alarmantes acidentes de trabalho e muita das vezes até que fatais, confirmação que os direitos sociais encontram-se cada vez mais aniquilados, dado que a principal preocupação dos empresários é concentrar seus esforços em sua atividade principal, tornando assim mais claro a desvinculação da empresa principal com seus funcionários.

Olha o que fala Maior (2015) em seu artigo “Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento”:

E se concretamente a efetivação de uma terceirização de todas as atividades, gerando o efeito óbvio da desvinculação da empresa de seu produto, pode, de fato, melhorar a qualidade do produto e da prestação do serviço, então a empresa contratante não possui uma relevância específica. Não possui nada a oferecer em termos produtivos ou de execução de serviços, não sendo nada além que uma instituição cujo objeto é administrar os diversos tipos de exploração do trabalho. Ou seja, a grande empresa moderna, nos termos do projeto, é meramente um ente de gestão voltado a organizar as formas de exploração do trabalho, buscando fazer com que cada forma lhe gere lucro. O seu “negócio principal”, que pretende rentável, é, de fato, o comércio de gente, que se constitui, ademais, apenas uma face mais visível do modelo de relações capitalistas, que está, todo ele, baseado na exploração de pessoas conduzidas ao trabalho subordinado pela necessidade

e falta de alternativa (MAIOR, 2015, pág. 6).

Diante disso, o que se analisa sobre os efeitos que a surgiram com o advento da referida lei, os quais possuem uma base de incentivo forte nos grandes empresários que detém o grande capital econômico, seriam conforme o autor citado acima fundamentado na ideia de melhoria de condições de vida e a efetividade plena dos trabalhadores.

A grande pretensão da nova lei seria conforme Maior (2015):

A de fragmentar a classe trabalhadora, dificultar a formação da consciência da classe, estimular a concorrência entre os trabalhadores; difundir com mais facilidade as estratégias de gestão baseadas em fixação de metas impossíveis de serem alcançadas e assediadas, detonadoras da auto-estima, incentivar práticas individualistas e, conseqüentemente, destrutivas da solidariedade; inibir a capacidade de organização coletiva; minar o poder de resistência e de luta dos trabalhadores; aumentar a submissão (juridicamente apelidada de subordinação) do trabalhador; facilitar a mercantilização da mão-de-obra (MAIOR, 2015, pág. 8).

Conseqüentemente somado todas essas pretensões implícita no texto jurídico o que teremos é um cenário de grandes derrotas, perdas e fracassos da classe trabalhadora, uma vez que ficará claro que a manipulação não é algo inatingível. Portanto com tudo isso que foi exposto, ainda se afirmar que à nova lei não precarizou o trabalho terceirizado, pode-se dizer que ela só evidenciou que quem sempre perde é a classe trabalhadora.

CONCLUSÃO

O referido estudo do tema compreendeu e analisou os aspectos que norteiam o texto que trata sobre a nova lei da terceirização, onde, se observa, que as atuais mudanças que estão ocorrendo no quadro socioeconômico, político e ideológico do país influenciaram de alguma forma em sua criação. A proposta elencada no texto foi analisar com base nas doutrinas, no fenômeno da Nova Lei da Terceirização do ordenamento jurídico trabalhista, assim como suas vantagens e as desvantagens tanto para o empregado quanto para o empregador. Nesse sentido, se fez necessária uma contextualização dos direitos sociais no âmbito da Constituição Federal, com suas fundamentações e argumentações pautadas no Direito do Trabalho, como forma de se alcançar o trabalho digno como um direito fundamental. Além disso, foram tratados no referido texto os princípios fundamentais utilizados no equilíbrio das relações de trabalho e emprego, assim como as principais características que determinam tais relações.

Por fim, conclui-se que, o surgimento da Nova Lei da Terceirização, veio à luz do ordenamento jurídico apenas como forma de legalização do trabalho terceirizado, pois, a mesma, deixa evidente em sua essência que os principais atores sociais beneficiados são os empregados, ou seja, as empresas que prestam os serviços

terceirizados para outras. É interessante frisar que, não houve “grandes mudanças” no tocante aos benefícios voltados para os trabalhadores, pelo contrário, aumentou cada vez mais o poder de manipulação da máquina industrial frente aos detentores do capital econômico, pois, os mesmos, agora têm ainda mais condições de manipular seus empregadores. Nesse sentido a lei acaba abrindo lacunas para que o trabalho terceirizado seja cada vez mais “escravizador” do que humano. Contudo, cabe destacar que a discussão sobre a Nova Lei da Terceirização perpassa sobre distintos contextos sociais, onde, se encontram acoplados questionamentos de ordem econômica, política, histórica e cultural que contribuem para a construção de uma sociedade mais digna e humana.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BODDY, Martin. **Reestruturação industrial, pós-fordismo e novos espaços industriais**: uma crítica. In: VALLADARES, L.; PRETECEILLE, E. (Org.). Reestruturação urbana: tendências e desafios. São Paulo: Nobel/luperj, 1990. p. 44-58.

CUNHA, Maria Inês Moura S.A. **Direito do Trabalho** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELGADO, Rodrigues Mendes. **O Valor do Dano Moral**: como chegar até ele: teoria e pratica. Leme, SP: JH Mizuno, 2003.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELO Nehemias Domingos de. **Dano Moral**: problemática: do cabimento à fixação do quantum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo **Indenizações por acidentes de trabalho ou doença ocupacional** 2. ed. São Paulo: LTR, 2006.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Temas de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego. Vol. II**. São Paulo: LTr, 2008.

PEJOTIZAÇÃO: O TRABALHADOR COMO PESSOA JURÍDICA

Valeska Denise Sousa Garcês

Universidade Estadual de Londrina
Londrina - PR

David Sousa Garcês

UERN - Universidade do Estado do Rio Grande
do Norte
Mossoró - RN

Diego Matos Araújo Barros

UNILAB - Universidade da Integração
Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Redenção - CE

Erika Almeida Chaves

UNILAB - Universidade da Integração
Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Redenção - CE

José Airton Almeida Uchôa

UFC - Universidade Federal do Ceará
Fortaleza - CE

Sara Regina Santos Oliveira

UNILAB - Universidade da Integração
Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Redenção - CE

RESUMO: A proposta do presente artigo é analisar com base nas doutrinas, o fenômeno da Pejotização no ordenamento jurídico trabalhista, assim como as vantagens e as consequências dos danos causados tanto para o empregado quanto para o empregador. De início é contextualizado os direitos sociais

no âmbito da Constituição Federal, com suas fundamentações e argumentações pautadas no Direito do Trabalho, como forma de se alcançar o trabalho digno como um direito fundamental, juntamente com análise dos princípios com base de equilíbrio para as relações de trabalho e emprego. Em seguida é realizado o estudo da flexibilização dos direitos trabalhistas para se compreender o surgimento do fenômeno da Pejotização, buscando demonstrar os efeitos causados e suas consequências no que se refere às fraudes aos princípios e regras essenciais do direito do trabalho. Após esse estudo buscou-se o objetivo central do trabalho que seria de analisar como a prática do fenômeno da Pejotização vem afetando os direitos trabalhistas, com o enfoque nas ocorrências dessas práticas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Flexibilização. Pessoa Jurídica. Pejotização

PEJOTIZAÇÃO: THE WORKER AS A LEGAL PERSON

ABSTRACT: The objective of this study is to analyse, based on the doctrines, the "independent-contractor-only hiring policy" phenomenon in the Legal Labour System, as well as the advantages and consequences of the damages caused either by employee and employer. In the beginning is put into context the social rights in the sphere of the Brazilian

Federal Constitution in which decisions and argumentation are therefore based on the Labour Law showing how to get a decent job as a fundamental right. Secondly, is discussed the fundamental principles used to balance the relation between job and labour, as well as the main characteristics which determine such relations. Therefore is performed the study of the flexibility of labour rights in order to permit to proceed the appearance of the "independent- contractor-only hiring policy" phenomenon, seeking to demonstrate the effects caused and its consequences with regard to fraud and the principles and essential rules of the Labour Law. The adopted method was the deductive which comes from general concepts to particular ones, while the chosen method was the bibliographic connected with the use of texts of the selected authors.

KEYWORDS: Labour Law. Flexibility. Juridical Person. "independent- contractor-only hiring policy" phenomenon.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da análise do fenômeno da Pejotização sobre a ótica da flexibilização dos direitos trabalhistas, pois na atual conjuntura social a Pejotização consiste em contratar um empregado por meio de uma pessoa jurídica, como forma de inadimplemento das obrigações oriundas das relações de emprego. A análise das consequências causadas pela flexibilização dos direitos trabalhistas é a busca da harmonia das relações de emprego, bem como os efeitos e consequências para o ordenamento jurídico trabalhista a partir da permissão para que se utilize o fenômeno da Pejotização, ou seja, a contratação de um empregado pessoa física, por meio de uma pessoa jurídica. Nessa perspectiva é interessante ressaltar que por meio de interpretações positivas das evoluções, é presumível a mudança de conceitos, que veem conflitando com valores e ideias essenciais para a harmonia de uma sociedade. Dentro desse contexto o Direito do Trabalho traz os fenômenos como o da flexibilização e da desregulamentação das relações confrontando diretamente com o espírito da existência, dos objetivos e até mesmo da razão de existir do ordenamento jurídico trabalhista.

Essa situação levanta o questionamento que se a no âmbito jurídico-trabalhista, a flexibilização dos direitos como meio de se equilibrar as relações de trabalho justifica a contratação do empregado por meio de uma pessoa jurídica como ocorre no fenômeno da Pejotização, pois no que se refere às hipóteses, permanece a dúvida se seria a Pejotização uma forma de burlar os princípios e regras do Direito do Trabalho, por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas, ou apenas um meio de tornar menos burocrática as relações econômicas. Logo um dos principais objetivos seria análise da flexibilização dos direitos trabalhistas no âmbito do direito do Trabalho, haja vista que, havendo indícios suficientes de fraudes da relação de emprego, o empregador deverá ser responsabilizado, o vínculo deverá ser reconhecido e as garantias inerentes ao hipossuficiente permanecerão resguardadas pelo contrato.

Tendo em vista que a própria Constituição Federal consente a flexibilização por meio da autonomia coletiva, deve-se considerar que tais possibilidades são limitantes, sendo que não podem desta maneira serem utilizadas como forma de burlar outros direitos fundamentais partindo da premissa da busca da melhoria das condições de trabalho de uma determinada espécie de categoria de trabalhadores, dessa forma passar a não ser possível a abdicação de direitos por meio de direitos mínimos dos obreiros. Dessa forma, não basta o conhecimento de conceitos básicos de flexibilização como forma de normas autorizadas pela nossa carta magna e contundo isso não significa que temos uma carta em branco para abater os direitos individuais trabalhistas, pois qualquer restrição a uma norma básica fundamental, deverá rigorosamente passar por uma seleção a qual deve ser levado em consideração seu foco central e essencial, como forma de se preservar os direitos básicos e fundamentais dos trabalhadores. Portanto, a complexidade gira em torno do confronto entre flexibilização e as autorizações constitucionais, e princípios norteadores do direito do trabalho, onde buscou-se esclarecer se o trabalhador pode ou não renunciar os seus direitos básicos e podendo, em quais hipóteses. Dito isto, verificou-se que a vontade das partes por força da proteção necessária às relações de trabalho, serve como instrumento de articulação, de busca de reconhecimento de direitos e melhores condições de trabalho e vida dos obreiros, onde, com isso, devendo sempre respeitar todas as regras que tutelam o direito do trabalho, como um instrumento legal para poder reivindicar os direitos fundamentais de nossos trabalhadores que já estão garantidos em nossa Constituição Federal.

DESENVOLVIMENTO

A flexibilização dos direitos trabalhistas possui grande relevância na atualidade, seja por causar dúvidas, no âmbito de sua aplicação, entre os juristas, seja pelo conflito causado entre os empresários e trabalhadores. É de suma importância destacar que os efeitos da flexibilização atingem a sociedade como um todo, uma vez que as relações trabalhistas estão presentes no cotidiano dos indivíduos.

Garcia (2012, p. 111) salienta que a flexibilização representa uma “evolução da ciência jurídica que possibilita inovações quanto à interpretação de regras e princípios de direito, repercutindo em sua aplicação pela jurisprudência”. Assim, por meio de interpretações positivas das evoluções, é presumível que a mudança de conceitos, veem conflitando com valores e ideias essenciais para a harmonização da sociedade. Dentro desse contexto, o Direito Laboral faz surgir os fenômenos da flexibilização e da desregulamentação das relações jurídicas, como forma de atenuar os direitos sociais.

Garcia (2012) menciona que a “flexibilização pode ser entendida como forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas, referentes, no caso, ao Direito do Trabalho”. Doravante, explica que a desregulamentação “refere-se

ao fenômeno de suprimir determinadas normas jurídicas, principalmente estatais, pertinentes à regulamentação das relações de trabalho, passando os próprios atores sociais a estabelecer regras aplicáveis” GARCIA (2012, p. 112).

No contexto universal a transmutação da econômica mundial e também o enfraquecimento das políticas internas de cada país, vem sendo uma das justificativas para a flexibilização, uma vez que aquelas elevam os índices de desemprego mundial e subempregos de vários trabalhadores. Diante desse panorama crítico surge o fenômeno da flexibilização que constitui uma opção de harmonizar os severos preceitos dos atos normativos trabalhistas como uma alternativa de manutenção das empresas, para que os empregos possam ser resguardados.

Cassar (2012) salienta que:

Flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial), mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilite a manutenção da empresa e dos empregos (CASSAR, 2012, p. 35).

A Constituição Federal vigente, em seu art. art. 7º, incisos VI, XIII e XIV prevê a flexibilização, porém de forma acanhada, através das negociações coletivas, as quais o ordenamento jurídico permite convencionar condições de trabalho inferiores, mediante a comprovação da motivação e imprescindibilidade das adoções de tais medidas, que tem por intuito a justificação da proteção do próprio emprego como valor social.

Em resumo, a regra é a aplicação da norma e da condição mais favorável ao trabalhador, fundamentada em princípios peculiares da Justiça do Trabalho. Apenas em situações específicas no intuito de regular as relações sociais e econômicas, como determinado anteriormente, é que se consegue uma exceção, desde que pautada na proteção da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho constantes no artigo 5º da Constituição Brasileira.

Dito isso, é interessante ressaltar os dizeres de Cassar (2012) apud Nassar (1991), que:

A flexibilização das normas trabalhistas faz parte integrante de um processo maior de flexibilização do mercado de trabalho, consiste em conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito do Trabalho de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa. Isto significa que a flexibilização das normas trabalhistas não se exaure numa só medida, mas sim na totalidade do fenômeno da flexibilização, que é mais abrangente, compreendendo estratégias políticas, econômicas e sociais, e não apenas jurídicas (apud NASSAR, 1991, 76).

Não corrobora com esse pensamento Garcia (2010) apud Manus (2001), quando trata da flexibilização das normas trabalhistas:

No campo do direito do trabalho, as normas legais são de aplicação obrigatória, fundadas nos princípios e normas constitucionais, estabelecendo um patamar mínimo de garantia aos trabalhadores. Reserva-se às demais fontes formais espaço para disposições que melhoram as condições de trabalho, ou adaptem situações práticas às determinações da lei, sendo-lhes vedado dispor de forma desfavorável aos trabalhadores, comparativamente ao que estabelece a fonte hierarquicamente superior (apud MANUS, 2001, p. 74).

Diversas são as hipóteses de flexibilização, adotadas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, a autorização da redução dos direitos trabalhistas.

Tais flexibilizações podem ser conhecidas e determinadas por alguns economistas conforme Cassar (2012) apud Sussekind (1999):

Em flexibilização funcional corresponde a capacidade da empresa de adaptar seu pessoal para que assuma novas tarefas ou aplique novos métodos de produção, flexibilização salarial que consiste na vinculação dos salários à produtividade e à demanda dos seus produtos, flexibilização numérica que consiste na faculdade de adaptar o fator trabalho à demanda dos produtos da empresa e por último a flexibilização necessária consiste na flexibilização apenas em caso de necessidade de repercussão da saúde da empresa (apud SUSSEKIND, 1999, p. 49).

De acordo com Cassar (2012, p. 41), o ordenamento jurídico brasileiro adota a “flexibilização legal e sindical ou negociada sindicalmente”. Ainda nas palavras do mesmo doutrinador ele conceitua como sendo “legal quando a própria lei prevê as exceções ou autoriza, em certas hipóteses, a redução de direitos”, já a “sindical ou negociada sindicalmente acontece quando as normas coletivas autorizam a diminuição de direitos”.

A flexibilização aborda o equilíbrio das relações do ponto de vista do princípio da razoabilidade, há de se ponderar nos casos concretos, o princípio da proteção do trabalhador juntamente com a necessidade de manutenção de seus empregos por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas, observando em cada caso se existe necessidade ou não de restringir os direitos essenciais e indispensáveis à manutenção dos referidos empregos.

A finalidade social é facilmente aplicável à flexibilização, até mesmo como forma de diminuir as desigualdades sociais e de proteger o hipossuficiente, mas, entretanto, tal fenômeno não deverá ser utilizado de forma errônea, uma vez sendo direito do empregador, esse não poderá usar tal direito como artifício para aferir lucros e aumentar seus rendimentos, por isso esse direito deve ser utilizado com muita cautela e apenas em casos de real e comprovada necessidade de recuperação da empresa.

Conforme Cassar (2012, p. 234) apud Sarmento (2001), “ênfatisa que a nossa Constituição de 1988 é uma Constituição Social, preocupada com o combate da exploração do homem pelo homem e defende a aplicação direta dos princípios nela

contidos como meio de reforçar a proteção aos hipossuficientes”.

Garcia (2010, p. 224) apud Delgado (2005), acentua ser “necessário reconhecer que a flexibilização interpretativa foi muito além de certos naturais ajustes e adequações da ordem jurídica à mudança social”, contribuindo “para construir nos anos de 1990, verdadeira nova cultura em torno do Direito Individual e Coletivo do Trabalho, reduzindo, em muito, a efetividade de suas regras e princípios”.

É nesse atual contexto que a flexibilização vem se refletindo no fenômeno determinado “Pejotização”, fenômeno que acontece com a contratação de uma pessoa física, por meio de uma pessoa jurídica, como será definido a seguir. Portanto devido à busca incessante pelo lucro e a competitividade no mercado capitalista, as empresas tendem a burlar o cumprimento da legislação trabalhista, que no ordenamento jurídico brasileiro, visa de forma amplamente significativa a proteção do empregado o qual é considerado a parte hipossuficiente do pacto laboral. A partir desse cenário surge o fenômeno da Pejotização, que pode ser traduzido como o novo meio de contratação de trabalhadores, revestidos de personalidade jurídica, que tem por escopo a isenção dos encargos trabalhistas e fiscais advindos da relação jurídica empregatícia.

Na definição de Samara Valença (2013, p. 4) apud Santos (2012), “o termo Pejotização constitui um neologismo derivado da sigla PJ, que é utilizada para designar a expressão ‘pessoa jurídica’. O uso desse termo se justifica pela forma como ocorre o feito da Pejotização”.

Pereira (2012, p. 57) conceitua Pejotização “como a contratação de um trabalhador na condição de pessoa jurídica, para a prestação de serviço intelectual”, em outras palavras ocorre à descaracterização das relações de emprego, pois, o empregador contrata o obreiro como um mero prestador de serviços, mesmo estando caracterizados todos os requisitos presentes na relação empregatícia.

A finalidade precípua desse novo instituto na seara laboral é a fraude dos contratos laborais, demonstrando, claramente a ilicitude da utilização da mão de obra do trabalhador, sem que este receba de forma devida as contraprestações advindas do contrato de trabalho, reportando, nitidamente, o não cumprimento das responsabilidades trabalhistas por parte do tomador de serviços.

Vale destacar que apesar de existir um forte interesse por parte do prestador de serviços, que é obrigado a constituir uma empresa, auferindo maior lucratividade e isentando o tomador das contribuições fiscais e previdenciárias, o fator meramente econômico, não pode ser considerado como um meio para substituição da relação de emprego.

A viabilidade desse meio deturpado de contratação do prestador de serviços como pessoa jurídica, passa a ter eficácia no ordenamento trabalhista, devido ao advento da Lei nº 11.196/2005, mais especificamente no seu art. 129, in verbis:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo

ou não, com o sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei. n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. (Lei n.º 11.196/2005).

O empregador utiliza-se de argumentos frágeis, ao fazer uso de uma lei que foi promulgada com o intuito de criação do Programa de Inclusão Digital para fins de exportação. Questiona-se, portanto a relevância desse ato normativo, no que tange ao âmbito da Pejotização, visto que apenas um único artigo retrata este instituto. Vale destacar, as palavras de Samara Valença apud Schneider (2013) o qual ainda acrescenta sobre o referido artigo mencionado acima:

[...] que o referido preceito legal é o flagrante inconstitucional por violação dos princípios da igualdade esculpido no artigo 5º, I, e no artigo 7º, XXX e XXXII, ambos da CF/88, e este último dispositivo constitucional é peremptório ao prescrever a ‘proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, pois, presentes os requisitos da relação de emprego o exercício ou não de atividade intelectual (apud SCHNEIDER, 2013, p. 53).

De acordo com Samara (2013, p. 6), apud Filho (2013), é que “a dúvida dos intérpretes se refere à viabilidade de o ‘destinatário da norma trabalhista poder despojar da proteção que lhe é inerente, principalmente no tocante aos direitos de indisponibilidade absoluta”. O desvirtuamento do sentido para qual a lei foi promulgada, faz surgir portanto duas teorias explicativas para o fenômeno da Pejotização essas correntes fazem a análise desse fenômeno por meios da legalidade e a possibilidade de que a mesma ocorra.

As correntes na voz de Filho (2013):

A primeira sustenta que não existe a hipossuficiência do trabalhador no serviço intelectual, de modo que seria viável a esse indivíduo escolher qual sistema normativo se aplicaria ao contrato firmado, podendo dispor, por sua vontade, das normas protetivas do trabalhador. Caso optasse por abdicar das garantias asseguradas pela CLT, essa falta seria compensada com os incentivos fiscais e previdenciários. Já a segunda corrente, por seu turno, sustenta que não importam as condições econômicas do trabalhador, nem o prestígio que obtenha; a hipossuficiência do empregado seria bastante para justificar a aplicação do Direito do Trabalho. (apud FILHO, 2013, p. 6).

Os dois pensamentos conseguem traduzir para o legislador as consequências e os benefícios para o sistema, caso ele aceite se adequar a Pejotização, sendo que a primeira corrente, ou seja, a favorável aos institutos, demonstrar que a contratação em virtude de trabalhos intelectuais pactuados como forma de contrato particular, deixaria de inexistir a hipossuficiência do trabalhador, e conforme Samara (2013, p. 11) apud Costa (2013) “restaria ao trabalhador sob a forma de pessoa jurídica, apenas a contraprestação que lhe fosse devida em razão da prestação de serviços

intelectuais”.

No que se refere à corrente contrária, defende que independentemente da situação financeira, a hipossuficiência do trabalhador sempre existirá, fundamentada sua argumentação no texto legal conforme disposto no art. 3º, § único, que determina a inexistência de diferença entre os tipos de trabalho, sejam eles: técnicos, intelectuais e manuais (apud FILHO, 2013, p. 6).

Enaltecedoras são as palavras de Samara Valença (2013) apud Schneider (2013), sobre a aplicação das regras laborais, em face da proteção do trabalhador, a saber:

[...] as normas de direito do trabalho são aplicáveis independentemente da vontade das partes e da aparência que as mesmas quiseram dar à relação jurídica travada. Assim, ainda que não se constate a simples anuência do trabalhador com adoção do contrato civil de prestação de serviços, isto é, mesmo que haja uma real negociação entre as partes, não é dado às mesmas fugir à aplicação dos preceitos trabalhistas, mesmo porque, como já tratado à exaustão, o empregado jamais estará em uma situação de igualdade tal em relação ao seu empregador que lhe permita discutir os termos do contrato sem abrir mão de determinados direitos, o que, por si só, já reclama a proteção do direito do trabalho (apud SCHNEIDER, 2013, p. 53).

Conforme Delgado (2015) ao analisar os efeitos da Pejotização sobre o prisma dos princípios trabalhistas é meramente possível descaracterizá-lo, utilizando somente a argumentação de dois princípios basilares do Direito do Trabalho, quais sejam: Princípio da Imperatividade e Princípio da Irrenunciabilidade. O primeiro leciona que os direitos trabalhistas são indispensáveis, pois, as partes não podem afastá-los por pura deliberalidade de vontade tanto do empregado como do empregador, ou seja, não poderá ocorrer à exclusão do direito por parte de ambos, mesmo que seja livre suas manifestações.

Já o Princípio da Irrenunciabilidade traduz que o trabalhador não poderá se privar, mesmo sem coação por parte do empregador, dos direitos inerentes a sua condição de obreiro, conforme determina a impossibilidade jurídica fundamentada pelo princípio da proteção do trabalhador.

Delgado (2015, p. 204) afirma a respeito do Princípio da Indisponibilidade que o mesmo “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”.

É deveras importante mencionar também que para Capez (2014) não se pode erroneamente permitir a comparação da Pejotização, que possui a ideia de camuflar a relação empregatícia, com a terceirização, onde licitamente são permitidas quatro formas típicas de relação de trabalho executada sem pessoalidade e principalmente sem subordinação direta, sendo assim afirmada pela súmula 331 do TST, in verbis:

Súmula 331, TST – Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II. (...);

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.012, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

(...). (SÚMULA 331 do TST).

Diante do exposto, é de suma importância a análise de algumas jurisprudências dos Tribunais acerca do assunto, visto que retrata o pensamento contemporâneo dos operadores do direito calcados no sentido afirmativo do reconhecimento da relação empregatícia quando constatados os requisitos para configuração da pessoa do empregado, na relação laboral.

Vale destacar a jurisprudência da 10ª Turma do TRT da 2ª Região que trata do vínculo de emprego:

Do vínculo empregatício. Surge da prova oral que a depoente, assim como o recorrido, cumpriam jornada fixa e havia controle de horário. O fato do reclamante ter aberto uma empresa, em seu próprio nome, para corretagem de seguros, nada comprova; trata-se de mais um caso incluído no rol da chamada "Pejotização", isto é, os trabalhadores tornam-se "pessoas jurídicas", por força da imposição patronal, como garantia da manutenção ou obtenção do emprego. Presentes, os requisitos da pessoalidade, da subordinação jurídica; havia onerosidade, habitualidade e não eventualidade". (Processo nº 02096-2004-036-02-00-1 RO, Acórdão nº 20090179921. Publicado 17 março 2009. 10ª Turma, TRT 2ª Região. Desembargadora Relatora Marta Casadei Momezzo).

Dando continuidade ao tema sobre a fraude trabalhista decide a 8ª Turma do TRT da 3ª Região:

Fraude trabalhista - prestação de serviço por suposta pessoa jurídica. O conjunto probatório constituído nos autos comprova a fraude à legislação trabalhista, na medida em que o reclamante, através de empresa interposta foi inserido no processo produtivo da atividade econômica da reclamada, desempenhando atividades imprescindíveis à consecução do empreendimento empresarial. A pessoa jurídica constituída pelo trabalhador é típica empresa de fachada, hipótese clara de Pejotização, com capital social de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dividido em 100 cotas, sendo que apenas uma cota pertencia ao outro sócio, com o qual o reclamante possui relação de parentesco". (Processo nº 01288-2009-100-03-00-8 RO, Publicado 10 março 2010. 8ª Turma, TRT 3ª Região. Desembargadora Relatora Maria Cristina Diniz Caixeta).

No que se consagra em relação à Pejotização delibera a 1ª Turma do TRT da 7ª Região:

Princípio do Contrato Realidade. Fraude. Vínculo de Emprego Reconhecido. Comprovado que o autor, por todo o período de trabalho, laborou para a reclamada com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica, é imperativo o reconhecimento do vínculo de emprego, reputando-se fraudulenta, nos termos do art. 9º da CLT, a empreitada da reclamada de mascarar a relação de emprego, forçando o empregado a prestar-lhe serviços como se pessoa jurídica fosse”. (Processo nº 00788.2009.001.17.00.4 RO, Public 15 março 2011. 1ª Turma, TRT 7ª Região. Desembargador Relator Gerson Fernando da Sylveira Novais).

Princípio do Contrato Realidade. Fraude. Vínculo de Emprego Reconhecido. Comprovado que o autor, por todo o período de trabalho, laborou para a reclamada com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação jurídica, é imperativo o reconhecimento do vínculo de emprego, reputando-se fraudulenta, nos termos do art. 9º da CLT, a empreitada da reclamada de mascarar a relação de emprego, forçando o empregado a prestar-lhe serviços como se pessoa jurídica fosse”. (Processo nº 00788.2009.001.17.00.4 RO, Public 15 março 2011. 1ª Turma, TRT 7ª Região. Desembargador Relator Gerson Fernando da Sylveira Novais).

Ofensa inexorável aos direitos fundamentais dos trabalhadores e da dignidade da pessoa humana; insulto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; ineficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais em suas dimensões objetivas e subjetivas; a quebra da função social da empresa, do contrato de trabalho e o retrocesso social, e assim ocorre a precarização das relações trabalhistas, demonstrando assim o “desrespeito aos princípios basilares do Direito do Trabalho (PEREIRA, 2012, p.70).

Doravante há que se mencionar, também, a perda dos direitos sociais, tais como: décimo terceiro salário, horas extras, verbas rescisória, direitos previdenciários, direito ao salário mínimo, intervalos renumerados, direitos inerentes aos acidentes de trabalho. As consequências da flexibilização e desregulamentação dos direitos trabalhistas, acrescidos da descaracterização do vínculo empregatício e a redução da carga trabalhista das empresas, acarreta fraude à legislação trabalhista, previdenciária e tributária mediante o fenômeno da Pejotização. Para Pereira (2012, p.77) há benefícios, para os trabalhadores quando estes criam uma empresa, porém são poucos, tais como maior poder de barganha perante vários empregadores, valorização da prestação de serviços, “aumento dos valores em pecúnia e virtude da falta de descontos [...] maior flexibilização da mão de obra, por não possuir um contrato de exclusividade, aumento na oferta de trabalho”.

No que tange os benefícios patronais são muitos, pois estes acabam sendo diretamente beneficiados pela isenção de total responsabilidade perante o empregado, seja financeira ou técnica. Vale mencionar que os tomadores de serviços não respondem por inúmeras obrigações tais como: trabalhistas, técnicas, acidentais, tributárias, previdenciárias, entre outras. “aumento dos valores em pecúnia e virtude da falta de descontos [...] maior flexibilização da mão de obra, por não possuir um

contrato de exclusividade, aumento na oferta de trabalho”.

No que tange os benefícios patronais são muitos, pois estes acabam sendo diretamente beneficiados pela isenção de total responsabilidade perante o empregado, seja financeira ou técnica. Vale mencionar que os tomadores de serviços não respondem por inúmeras obrigações tais como: trabalhistas, técnicas, acidentais, tributárias, previdenciárias, entre outras.

Na visão de Carpes (2013) apud Filho (2011):

Os prejuízos aos empregador trata-se, no entanto, de forma da contratação arriscada para a empresa, pois há uma grande chance de estabelecer-se um grandioso passivo trabalhista com reais possibilidades de sucesso, pois a responsabilidade de observar a lei no momento de captação de mão-de obra é do empregador (apud, FILHO, 2011, p.14-15).

Assim, é certo que o fenômeno da Pejotização flexibiliza os direitos trabalhistas, abrindo caminho para eventuais fraudes, o que reflete diretamente no bem-estar do empregado, que deixa de perceber inúmeras garantias que poderiam ser aplicadas na sua própria subsistência e de sua família.

Também é notório o fato de que esse instituto demonstra um retrocesso tanto no ordenamento jurídico quanto na própria sociedade e, assim sendo, o fenômeno, em tela, que tem inovado a ordem legal, não pode ter como fim precípua a exploração de trabalhadores, gerando, por consequência lucros de grande monta para os tomadores de serviços. A Pejotização, frente ao ordenamento jurídico em vigor, deve-se pautar nos princípios basilares do Direito do Trabalho, nos direitos sociais e, principalmente, na da dignidade humana que foi alçada a fundamento da República federativa do Brasil.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou aprofundar-se sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas frente ao fenômeno da Pejotização. Inicialmente, não restam dúvidas quanto à proteção absoluta do trabalhador contra qualquer prática que possa ser maculada de má-fé. O Trabalhador possui garantias constitucionais de proteção, pois é inculpada na Lei Maior de 1988 a proteção das relações de emprego, inobstante, destaca-se que a CLT possui forte ligação com princípios constitucionais, inteligência do legislador em tutelar direitos dos trabalhadores.

Nessa perspectiva foi necessário analisar a vulnerabilidade do trabalhador, que na maioria das vezes acaba refém das articulações e manipulações dos empregadores que induzem a criação de uma empresa como forma de contratação do serviço. Também foram investigadas as diversas maneiras das quais os empregadores se utilizam para ludibriar o obreiro com vantagens e prerrogativas financeiras como meio de se utilizar da mão de obra, sem pagar as devidas verbas trabalhistas.

Assim, diante desta perspectiva, e para atingir o objetivo geral desta pesquisa que era analisar como ocorre o fenômeno da Pejotização frente as flexibilizações dos direitos trabalhistas, foi utilizada teorias de ilustres autores como Maurício Godinho Delgado, que buscou evidenciar os princípios que regulamentam essa discussão, assim como a magistrada Aline Monteiro de Barros, que aponta a intenção do legislador em demonstrar a vulnerabilidade do trabalhador, nas ilustríssimas explicações das relações de trabalho e emprego dos Doutor Gustavo Filipe Barbosa Garcia e da renomada autora Vólia Bomfim Cassar. Em relação ao fenômeno da Pejotização segue o doutor Leone Pereira, discorrendo brilhantemente sobre o tema.

Diante do que foi analisado no percurso da referida pesquisa e compartilhando com pensamento de alguns autores, podemos notar que há a necessidade da criação de uma legislação trabalhista mais específica para a forma de contratação que se fundamenta o fenômeno Pejotização. Tal legislação seria mais voltada aos trabalhadores que prestam serviços por meio de uma pessoa jurídica, tendo em vista que esses trabalhadores possuem todos os requisitos de um empregado e que por esse motivo constitui vínculo jurídico com a empresa que o contratou. Não obstante, foi alcançado o objetivo inicialmente proposto para esse trabalho, e as hipóteses comprovadas como foi demonstrado a pesquisa proporcionou a esta acadêmica um conhecimento profundo sobre o tema, contribuindo ao enriquecimento cultural pessoal, observando assim as garantias e os princípios do Direito do Trabalho que devem ser respeitados, assegurando o correto andamento dos direitos adquiridos pelos obreiros.

O conhecimento do fenômeno da “Pejotização” contribuiu para que qualquer cidadão tenha conhecimento que ao evidenciar esse tipo de conduta, verificar que está diante da situação que fere as leis e os princípios que regem o direito laboral, assim o estudo do tema acrescenta aos acadêmicos, estudiosos e profissionais de direito e a toda sociedade. Enfim, a pesquisa realizada demonstra valiosa contribuição científica observada que será de grande valia como material de pesquisa aos futuros pesquisadores. Consolidou-se conceitos e teorias assimiladas no decorrer da vida acadêmica e que certamente serão de imensa valia no decorrer do exercício da advocacia.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª. ed. São Paulo: Editora LTr., 2009.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas: decreto-lei n. 5.452, de 1º de Janeiro de 1943. Disponível em < <http://planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/Del5452>>. Acesso em 15 nov.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo. Disponível em < <http://www.trt2.jus.br>>. Acesso em 15 nov.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Minas Gerais. Disponível em < <http://www.trt2>>.

jus.br>. Acesso em 14 nov.2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Ceará. Disponível em < <http://www.trt2.jus.br>>. Acesso em 20 nov.2015.

CARPES. Camila Luz. A contratação de pessoas físicas como pessoas jurídicas em fraude ao direito do trabalho: fenômeno da Pejotização. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – PUC/RS. 2011. Disponível em: http://www3.purcs.br/pucres/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos201_2/camilla_carpes.pdf > Acessado em: 10 nov. 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 6ª. Ed. Niterói: Impetus, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14ª. Ed. São Paulo: Editora LTr., 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4ª. ed. Ver., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense LTr., 2010.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 15ª ed., São Paulo: Altas, 2002.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Antonio Henriques João Bosco. Monografia no Curso de Direito: Como Elaborar o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Samara Moura Valença. A Aplicação do princípio da primazia da realidade no combate ao fenômeno da Pejotização. Universidade Federal da Bahia. 2013. _____
Disponível em < <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=27&cad=rja&ved> > Acessado em: 07 nov. 2015.

PEREIRA, Leone. Pejotização: O Trabalhador como pessoa jurídica. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTARIA MTPS N. 3.107 DE 7 DE ABRIL DE 1971 - DOU DE 16 DE ABRIL DE _____
Disponível em: <1971<http://www.fenccovib.org.br/uploads/smartsection/PORTARIA%20N%BA%203.107%20%96%20DE%207%20DE%20ABRIL%20DE%201971.pdf>> Acessado em: 20 nov. de 2015.

RICHARDSON, R. J. Pesquisa Social: Métodos e Técnicas. São Paulo: Atlas, 1999. SCHNEIDER, Jéssica Marcela. O princípio da primazia da realidade e sua aplicação enquanto instrumento de combate à fraude à relação de emprego. Porto Alegre:

VERGARA, Sylvia Constant. Projetos e relatórios de pesquisa em administração. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIREITO ADUANEIRO: AUTONOMIA, NATUREZA, CONCEITO E OS NOVOS RUMOS

Alexandro Alves Ferreira

Curitiba/Pr

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é revisitar a discussão sobre a autonomia, natureza e o conceito do direito aduaneiro para que deste ponto, possamos avaliar como ele se posiciona no cenário atual. Este artigo tem como objetivo demonstrar que o direito aduaneiro passa por um período de ruptura histórica, dada evolução da legislação e os sinais de novos rumos das operações aduaneiras, que se estabelecerão com base na parceria público-privada, na cooperação entre aduanas e no gerenciamento de risco. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica considerando as contribuições de autores como CARLUCI (1997), BASALDUA (1988), BALDOMIR SOSA (1995), REALE (2010), além da análise da legislação vigente. Será demonstrada que há elementos que justificam a autonomia do Direito Aduaneiro enquanto ramo do direito, vinculado ao Direito Público sendo esta sua natureza. Sua origem se dá pela existência de 03 principais elementos: Comércio, Território e Estado. Será apresentando sinais dos novos rumos para o Direito Aduaneiro, baseados no Programa OEA, no Acordo de Facilitação do Comércio e nos trabalhos vinculados ao Portal Único. Concluiu-se acenando para a importância dos

profissionais, pesquisadores e estudantes estarem atentos a esta transição, que por certo, transformará os processos aduaneiros nacional, e suas relações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Aduaneiro. Conceito. Natureza. Novos Rumos.

CUSTOMS LAW: AUTONOMY, NATURE, CONCEPT AND NEW ROUTES

ABSTRACT: The main concern of this study is to revisit the discussion on autonomy, nature and the concept of customs law to assess the way in which it is positioned in the current scenario. The aim of this article is to demonstrate that customs law is going through a period of rupture due to changes in legislation and signs of new directions for customs operations that will be established on the basis of public-private partnership and risk management. A bibliographical research was carried out considering the contributions of authors such as CARLUCI (1997), BASALDUA (1988), BALDOMIR SOSA (1995), REALE (2010). It will be demonstrated that there are elements that justify the autonomy of the Customs Law as a branch of law, linked to Public Law, which is its nature. Its origin is given by the existence of 03 main elements: Commerce, Territory and State. It will be showing signs of the new directions for Customs Law, based on the OAS Program, the

Trade Facilitation Agreement and the work related to the Single Portal. It was concluded by stressing the importance of professionals, researchers and students to be attentive to this transition, which will certainly transform national customs processes and their relations.

KEYWORDS: Customs Law. Concept. Nature. New directions.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema propor reflexões sobre o direito aduaneiro e os novos rumos dos controles e análise baseadas em gerenciamento de riscos, principalmente com o advento da promulgação do Acordo de Facilitação do Comércio pelo Brasil, os trabalhos em curso vinculados ao portal único e as contribuições da implementação do Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado (OEA), pela Receita Federal do Brasil.

Nesta perspectiva, construiu-se questões que nortearam este trabalho:

- Qual o conceito de direito de Direito aduaneiro?
- Qual a Natureza do Direito Aduaneiro?
- Quais os sinais projetam os novos tempos para direito aduaneiro?
- Quais as competências necessárias para os profissionais de atuam na área considerando os novos conceitos de registros e controles aduaneiros?

É tarefa difícil desvincular - seja nas normas, seja nas doutrinas - o direito aduaneiro do tributário, afinal, o foco da autoridade aduaneira sempre se revelou mais calibrado para cobrança de impostos e aplicações de multas nas operações de comércio exterior. Tal fato, levou a autores e profissionais a se especializarem em direito tributário: (fatos geradores, base de cálculos, alíquotas, isenções, denúncias espontâneas, benefícios fiscais, regimes especiais) e todos demais elementos próprios do deste universo. Uma das evidências deste viés tributário-fiscal que o Direito Aduaneiro carregou nos ombros por muito tempo (e ainda carrega) habita em sua doutrina, isto é, de forma majoritária, as obras disponíveis e voltadas a matéria aduaneira é construída por auditores e ex-auditores fiscais da Receita Federal, o que não é nenhum demérito e sim, apenas uma constatação. Muitos poucos profissionais se dispuseram a trabalhar a temática, dada o estreito do objetivo, de interesse exclusivamente estatal e arrecadatário.

Porém, com a integração econômica, o acesso facilitado ao trânsito de pessoas, mercadorias, bens e serviços, considerando o avanço da tecnologia, dos controles, da acuracidade dos dados e informações, cada vez mais, surge a oportunidade para

as aduanas cumprirem seu papel fundamental, ou seja, de proteção das fronteiras, combate contra o crime organizado, ações de repressão contra o tráfico de drogas, extinguindo cartéis, que eventualmente podem servir de fonte de financiamento a rede de grupo terroristas, atuarem para defesa de um mercado justo e equilibrado agindo contra práticas desleais, na medida em que apreendem mercadorias objetos de contrabando, produtos contrafeitos e mesmo agindo contra o descaminho, e destes exemplo, do resultado destes objetivos, serem atores ativos para o sucesso de política econômica que fortaleça suas nações.

Um passo importante para o avanço da inteligência aduaneira se deu em 2014, com a implementação do Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado (OEA), inaugurando algo que até pouco tempo atrás seria impensada, qual seja, a parceria público-privado. Sim! a iniciativa privada que sempre foi – e com razão em muitos casos – crítica sagaz da performance e da imprevisibilidade aduaneira, agora é convocada a “trabalhar junto”, através da implementação e manutenção de seu programa de integridade e assim tornando-se parceira mundial das aduanas e com isto, dentro outros, se beneficiar deste programa de conformidade e segurança da cadeia logística apresentado ao mundo pela Organização Mundial de Aduanas (OMA).

Além do Programa OEA, temos os avanços dos tratados internacionais, dentre eles, o Acordo de Facilitação do Comércio, o desenvolvimento de plataformas de registros de controles aduaneiros (portal único), DU-E, DUIMP, quebra de jurisdição, ou seja, sinais de **que o mundo aduaneiro está passando atualmente por uma ruptura histórica.**

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é revisitar conceitos e com base nas recentes ações – algumas ainda em nível de expectativa – refletir sobre o novo direito aduaneiro e levantar hipóteses sobre como deve ser a postura dos profissionais que atuam nesta especialidade neste novo cenário.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise de materiais já publicados na literatura, artigos científicos divulgados no meio eletrônico, além da análise da legislação vigente.

2 | AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS: COMÉRCIO, TERRITÓRIO E ESTADOS

[...] As aduanas existem porque existe comércio entre as nações. Nem tudo se faz em casa” (WERNECK, 2003, p. 14).

O sábio professor Paulo, em sua dissertação de mestrado (que acabou por transformar-se em um livro) foi, como de costume, decisivo! Em que se pese o trânsito de pessoas, sem comércio não há aduanas! diz o professor com razão! Afinal, toda

mercadoria destinada para o exterior ou originária dele, deve compulsoriamente ser submetida a esta autoridade.

Assim, com a atividade comercial em curso, surge a necessidade das aduanas dizerem seus direitos, imporem seus controles, surgindo então o conceito de *jurisdição aduaneira*, que para Baldomir Sosa está ligada a ideia do exercício do direito aplicável:

“[...] jurisdição aduaneira corresponderá ao exercício do direito aplicável (direito aduaneiro) por parte da autoridade administrativa, nos limites de sua competência, e se exercerá sobre um dado território” (BALDOMIR SOSA, 1992, p.30).

Assim, jurisdição aduaneira é uma disposição vinculante que a aduana possui, de dizer o direito aplicável em determinado território. Mas qual seria o território aduaneiro? Para enfrentarmos esta questão nos socorremos do regulamento aduaneiro, que em seu artigo 2º nos diz que: “*O território aduaneiro compreende todo o território nacional*” (BRASIL, 2009). Bem verdade que, possui sua área de atuação direta, os chamados pontos fronteiriços (Portos, aeroportos, fronteiras terrestres), assim consideradas as zonas primeiras, e as estações aduaneiras de interior, denominadas zonas secundárias.

Ainda que se considere as chamadas “zonas secundárias”, comumente pensamos e vinculamos “autoridades aduaneiras” com “fronteiras”, e estas, como regiões geográficas, delimitam, a jurisdição de um estado a outro, conforme definição dicionária: “*limite que demarca um país e o separa de outro(s)*” (HOUAISS, 2009, p.932). Portanto temos aqui a questão da territorialidade, que os novos rumos das relações aduaneiras, compreendendo as trocas de informações entre aduanas, os acordos de reconhecimento mútuo (ARM), tratarão de criar reflexões sobre a extraterritorialidade e jurisdição aduaneira, temas e campos férteis para o debate, estudo e pesquisa.

De todo modo, retomando o raciocínio, ao chegarmos neste sumário entendimento sobre fronteira, encontramos o tripé necessário, ou condições necessárias para o surgimento do direito aduaneiro: **Comércio, Território e Estados**, isto porque, estes elementos criam a necessidade de aduanas, da atividade aduaneira, de normas aduaneiras, por tanto, **do próprio Direito Aduaneiro**.

Nesta linha o importante doutrinador aduaneiro, Ricardo Xavier Basaldua, que em sua obra *Introducción al Derecho Aduanero*, assim se expressava:

“[...]Consideramos elementos o instituciones básicas del Derecho Aduanero a los referidos conceptos “território aduanero”, “mercadería”, “importación” y “exportación” (BASALDUA, 1988, p.167).

3 | AUTONOMIA, CONCEITO E A NATUREZA DO DIREITO ADUANEIRO

É pacificado entre os teóricos das ciências jurídicas a unicidade do direito, isto é, o direito como único e indivisível, conforme sublinha Hugo de Brito Machado: “*A questão da autonomia dos ramos do Direito é um problema falso, porque na verdade o direito é uno*” (MACHADO, 2012, p.38).

De outro modo, o professor Miguel Reale, em suas Lições Preliminares do Direito, nos ensina que: “*toda ciência, para ser bem estudada, precisa ser dividida, ter suas partes claramente discriminadas*” (REALE, 2010, p.339). Não é por outra coisa que o professor Hugo de Brito Machado complementa e justificou seu raciocínio dizendo que o que existe, em termos de ramificação do direito é uma “conveniência didática”:

[...] assim, por conveniência didática, o estudo do Direito Positivo de um país é geralmente dividido em capítulos, a saber, o Direito Público, o Direito Privado, o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Tributário, o Direito Penal, o Direito Civil, o Direito Comercial, entre muitos outros” (MACHADO, 2012, p.38).

Optando pelo viés de conveniência didática, é de conhecimento lato que a divisão clássica do direito, se estabelece em dois grandes conjuntos, a saber, o Direito Público e o Direito Privado. O Direito aduaneiro, portanto, em relação a sua natureza, é de Direito Público.

Carluci (1996) dá destaque ao Direito Internacional Público: “*visto que a atividade aduaneira é atividade pública e regulada em grande parte por normas contidas em Acordos Internacionais*” (CARLUCI, 1996, p.22).

Entendamos sua natureza como Direito Público ou Direito Internacional Público, fato é que o direito aduaneiro possui características e contornos específicos, que o levam a requerer autonomia, desvincilhando do guarda chuva do Direito Tributário por exemplo. Isto porque, o fato aduaneiro é plural, isto é, repercute – além dos fenômenos tributários e fiscais – em dimensões comerciais, econômicas, marcas e patentes, cambiais dentre outros elementos, que se vinculam ao fato aduaneiro oferecendo assim, a sustentação *a priori* - para a sua autonomia, ainda que se possa reconhecer a existências de entendimentos contrários: “*embora persista a discussão quanto à autonomia do Direito Aduaneiro no Brasil, uma coisa é certa, seus fundamentos estão diretamente ligados ao fato aduaneiro*” (BARBOSA, 2009, p.222)

Defendido - *ampassã* - o direito aduaneiro como ramo autônomo, e compreendida sua natureza de direito público, avancemos para seu conceito, que para José Lence Carluci estaria bem posicionado como:

[...] conjunto de normas e princípios que disciplinam juridicamente a política aduaneira, entendida esta como intervenção pública no intercâmbio internacional de mercadorias e que constitui um sistema de controle e de limitações com fins públicos” (CARLUCI, 1996 p.22).

Já Loyer *apud* Costa (2004), é mais sucinto, mais objetivo a vincular norma e aduana como suficientes para definir o direito aduaneiro: “o conjunto de disposições legais e regulamentares especialmente aplicáveis em matéria de aduana” (COSTA, 2004, p.18). A mesma autora apresenta sua proposição, mais discriminada que o autor por ela citado, estando ela mais aproximada de Carluci:

“[...] conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações decorrentes da atividade estatal destinada ao controle do tráfego de pessoas e bens pelo território aduaneiro, bem como à fiscalização do cumprimento das disposições pertinentes ao comércio exterior” (COSTA, 2004, p.19).

Em seu competente e bem elaborado artigo, Maxsoel Bastos de Freitas, define o Direito Aduaneiro como:

“[...] conjunto de normas e princípios que regulamentam juridicamente a política aduaneira, com a intervenção pública no intercâmbio internacional de mercadorias, formando um sistema que possibilita o controle e a criação de barreiras com finalidades públicas” (FREITAS, 2004).

De tais lições, podemos presunçosamente entender que **Direito aduaneiro, é o ramo do direito público, formado por um conjunto de normas e princípios aplicados no território aduaneiro, que se encarregam de disciplinar as condições necessárias para o intercâmbio internacional de mercadorias, com vistas da defesa dos interesses nacionais e a proteção da sociedade.**

Sobrevoado a questão da autonomia, natureza e conceito, examinemos agora como se configuram as relações aduaneiras, como surgem os fatos aduaneiros e como estes repercutem no mundo do direito.

4 | RELAÇÃO ADUANEIRA, FATO ADUANEIRO

Uma relação jurídica se estabelece com dois ou mais sujeitos. Sob a ótica da relação aduaneira, é forçoso reconhecer que um dos sujeitos, é de natureza pública, isto é, o Estado, que se pronuncia nesta relação quando provocado, e neste caso, acontece quando da: “*ultrapassagem da mercadoria da linha teórica que separa dois territórios aduaneiros submetidos a normas jurídicas diferentes*” (CARLUCI, 1996, p.22).

Neste momento temos uma *relação de subordinação*, afinal, de um lado há um poder de competência, que imputa deveres ao outro “particular”, conforme escreve Paulo Dourado de Gusmão: “*o ente público com poderes de competências, e de outro, o particular com obrigação de observar as suas determinações (sentença, regulamento, portarias etc.)*” (GUSMÃO, 2012, p.258)

Por tanto em uma relação aduaneira, há uma relação direta entre dever e direito,

como nos ensina Hans Kelsen:

“[...] Dizer que dever e direito se correspondem significa que o direito é um reflexo do dever, que existe uma relação entre dois indivíduos dos quais um é obrigado a uma determinada conduta em face do outro. (KELSEN, 2006, p. 182)

Estabelecida a relação, como o prosseguimento das etapas naturais de uma operação comercial, acontecem fatos que repercutem no mundo do direito, dentre estes, estão os fatos aduaneiros, que conforme vimos podem ser de variada natureza, seja tributária, comercial, administrativa ou econômica.

O fato aduaneiro, analisado sob o aspecto material, ocorre pela obrigatoriedade da submissão da mercadoria a autoridade aduaneira, e isso se dá quando a sujeição da operação ao controle aduaneiro que não tem viés arrecadatório, mas sim, de proteção a sociedade:

“[...] O controle aduaneiro promovido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil não tem caráter arrecadatório. Nesse controle, o bem tutelado pelo Estado não é o tributo, mas a segurança da sociedade” (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2019).

Chegamos então até a aduana propriamente dita, momento em que nos parece oportuno falarmos sobre aduana e alfândega.

5 | ADUANA (PROTEGER), ALFÂNDEGA (COBRAR)

O título responde à questão.

Ao pensarmos na autoridade aduaneira, que no Brasil, é exercida pelo ente fazendário (Receita Federal do Brasil), tencionamos a pensar como que por impulso em uma única ação desta instituição é não outro senão: **Cobrar impostos!**

Este vínculo da Receita Federal com arrecadação, - potencializada com a figura do leão – relacionada com os processos de importação e exportação, encontra justificativa em Montesquieu citado por Barbosa: “*o objetivo das alfândegas é um certo direito sobre essa mesma exportação e importação*” (MONTESQUIEU apud BARBOSA, 2009, p.100).

Mas há também outro verbo: “**defender**¹” como destacado como o exercício da administração aduaneira no regulamento aduaneiro, em seu artigo 15, onde *in verbis*: “*Art. 15. O exercício da administração aduaneira compreende a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, em todo o território aduaneiro*” (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2009).

Defender e cobrar. Dois verbos, duas atribuições que nos levam diretamente a

¹ Os principais crimes cometidos no comércio exterior são: tráfico Internacional de drogas, tráfico de armas, contrabando, descaminho, tráfico de animais, pirataria (contrafação), dentre outros.

pensar sobre as naturezas e conceitos de “Aduanas” e “Alfândegas”. Para esclarecer este tema, buscamos socorro novamente em José Lence Carluci, que assim nos ensina:

“Entendemos que aduana tem sentido mais abrangente que alfândega. Aduana denota mais do que uma repartição, órgão administrativo e estação arrecadadora... Neste contexto poder-se-ia dizer que alfandegadas são as repartições da aduana” (CARLUCI, 1996, p.21).

O autor citado, precursor da doutrina aduaneira nacional, já oferecia contornos que só agora, 23 anos após a publicação da sua obra, parece estar sendo efetivamente compreendida tanto pela administração pública como para os profissionais que atuam no comércio exterior, ou seja, **aduna focada no interesse aduaneiro (defesa da sociedade)** enquanto a **alfândega focada no interesse fazendário, isto é, na arrecadação**, e talvez seja esta condição fundamental que tenha alicerçado tanto o dispositivo previsto no Acordo de Facilitação de Comércio, quanto nos atuais posicionamentos jurisprudências que separam, que **desvinculam o fluxo tributário do logístico**, isto é, se houver discussão sobre tributos em uma operação de comércio exterior, a mercadoria não pode ser retida pela autoridade fazendária, deve ser liberada, (cumprido certos requisitos garantistas) onde a discussão sobre eventuais créditos tributários, devem ocorrer paralelamente ao fluxo logístico.

Compreendidos os conceitos de Aduana e Alfândega, seguimos adiante para entender o que ocorre nestas instituições, como são provocadas, para tanto, abordaremos o controle aduaneiro, o despacho aduaneiro e do desembaraço aduaneiro.

6 | CONTROLE ADUANEIRO, DESPACHO ADUANEIRO E DESEMBARAÇO ADUANEIRO

“Art. 26. A entrada ou a saída de veículos procedentes do exterior ou a ele destinados só poderá ocorrer em porto, aeroporto ou ponto de fronteira alfandegado” (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2009).

No excerto legal, expresso no regulamento aduaneiro nacional, habita uma condicionante, qual seja, nenhum veículo (navio, aeronave ou caminhão) ingressa legalmente no país, ou dele sai, se não através dos recintos alfandegados.

Nestes locais, que podem ser portos, aeroportos ou mesmo postos de fronteiras, ocorrem ordinariamente entradas, saídas, movimentações, armazenagem e vistorias de mercadorias, despachos aduaneiros e outras rotinas necessárias a execução da atividade aduaneira e do despacho aduaneiro.

São nos recintos alfandegados que os veículos, mercadorias e bens, são

submetidos ao controle aduaneiro, que pode ser compreendido como: “*atividade de fiscalização, permanente, continua e ininterrupta, que se realiza sobre as operações de comércio exterior*” (BALDOMIR SOSA, 2005, p.100).

A figura abaixo, apresenta as atividades e objetivos do controle aduaneiro:



Fonte:<http://receita.economia.gov.br/sobre/institucional/cadeia-de-valor-1/controle-aduaneiro>

Os artigos 543 e 581 do Decreto 6759/09 vão vincular a obrigatoriedade de submissão das mercadorias aos despachos aduaneiros, seja de importação ou de exportação.

Despacho aduaneiro pode ser entendido como o procedimento administrativo-fiscal, em que o interessado, com base nas informações constantes nos documentos vinculados, registra a declaração aduaneira submetendo a Receita Federal sua petição com vistas a liberação de suas mercadorias.

Ao submeter o processo ao despacho aduaneiro, o importador ou o exportador, enviar também (atualmente anexam) eletronicamente, os documentos instrutivos do despacho.

Assim, o Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), considerando critérios de aleatoriedade, **mas em especial, de gerenciamento de riscos**, direcionam os processos para determinados “canais” - processo conhecido como parametrização - que podem refletir na liberação automática (o desejado canal verde), ou mesmo ser direcionado a canais de conferências (documentais-amarelo, físicas-vermelho, ou de valoração-cinza).

Estando conforme, ou ainda, que haja exigências e estas sejam cumpridas pelo interessado, o fiscal aduaneiro então registra o desembaraço aduaneiro.

Desembaraço aduaneiro, para Baldomir Sosa, é o “*término do despacho aduaneiro*” (BALDOMIR SOSA, 2000, p.122).

Até aqui, tivemos um sucinto panorama sobre o direito aduaneiro, entendendo como acontecem as relações, os fatos, as atuações da aduana e da alfândega, chegando até o despacho aduaneiro. Agora, iremos apresentar alguns sintomas de um novo cenário para o direito aduaneiro.

7 | SINAIS DE NOVOS RUMOS

7.1 Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado (OEA)

O Programa OEA é um convite (por ser de adesão voluntária) a toda comunidade (ou intervenientes) que atuam no comércio exterior a contribuir para previsibilidade, redução de custos, redução dos gargalos logísticos, segurança da cadeia logística e disseminação do conceito de conformidade, compliance e integridade.

É – ao que nos parece – a primeira vez na história aduaneira brasileira, que a Receita Federal, se destitui de entidade essencialmente fazendária-tributária, e se investe de “Aduana Brasileira”. É também – ao que nos parece – a primeira vez na história aduaneira brasileira, que há o convite para o fazer juntos!

Instituído em 2014, através da Instrução Normativa nr 1521, e tendo como base as orientações previstas nas Normas para a Segurança e Facilitação do Comércio Global (SAFE Framework), da Organização Mundial de Comércio (OMA), o Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado (OEA), é um programa de adesão voluntária, que apresenta certos requisitos a serem cumpridos e evidenciados pela empresa, divididos em Requisitos de Admissibilidade, Elegibilidade, Segurança e Conformidade, onde uma vez cumprido e após auditoria, a empresa então é certificada, passando a ser reconhecida como parceira da Receita Federal, tendo direito de usufruir de diversos benefícios, desde benefícios institucionais, até os benefícios operacionais.

O eixo do programa é “gestão de riscos”, expressos como princípio e como objetivos, isto é, não há que direcionar recursos aduaneiros para aquelas empresas e operações que comprovadamente revelam histórico de conformidade, alto grau de controle e governança, mas sim, direcionar os recursos aduaneiros, justamente para aquelas operações que revelam maior grau de risco, tais como por critério de (origem, destino, inexistência de histórico de operações, ncm, dirigentes, representantes legais, dentre outros).

O Programa OEA possibilita aos intervenientes agir preventivamente, através da implementação de controle, processos, treinamentos, reduzindo assim, embaraços no processo de despacho aduaneiro, por tanto multas e custos extras com armazenagens, demurrages e outros custos relacionados.

Há previsto a possibilidade do benefício do despacho sobre águas, ou seja, antes do navio atracar em porto brasileiro, o importador tem o direito de registrar sua declaração de importação (em breve DUIMP), com parametrização automática. Ventila-se que para 2021 a Receita Federal conceda um benefício de fato importante, o diferimento (ou postergação) dos pagamentos dos impostos. Esta informação não é oficial, mas vem sendo explicada como possível em diversos seminários realizados com participação e representantes da Receita Federal.

7.2 Promulgação do Acordo de Facilitação do Comércio

O Decreto nº 9.326/2018, tratou de promulgar um importante acordo para o comércio exterior brasileiro e para o comércio internacional mundial, o Acordo de Facilitação do Comércio, ou “AFC”. Este acordo prevê uma série de medidas que os estados signatários da OMC, devem implementar.

Há pouco falamos dos operadores econômicos autorizados, e da possibilidade do diferimento do pagamento dos impostos certo? Isto não surgiu na Receita Federal por acaso, o item 7.3 item (d) do acordo, no que se refere aos benefícios a serem concedidos aos operadores autorizados prevê este benefício: “**(d) pagamento diferido de direitos, tributos e encargos;** (BRASIL, 2018) grifo nosso. Outro ponto que nos chama a atenção é a separação entre a análise tributária da aduaneira, isto é, se houver discussão sobre classificação fiscal por exemplo, sobre a apuração correta dos impostos, isto deve ocorrer de forma que não impeça, que não retenha a mercadoria, de outro modo, o fluxo logístico não deve ser afetado, senão vejamos: “3.1. Cada Membro adotará ou manterá procedimentos que **permitam a liberação dos bens antes da determinação final dos direitos aduaneiros**” (BRASIL, 2018) grifo nosso.

São 47 compromissos firmados pelo Brasil em relação ao Acordo de Facilitação do Comércio, dos quais muitos já estão se não total, pelo menos parcialmente atendidos, e com o advento do Portal Único, espera-se o cumprimento de inteiro teor dos compromissos assumidos.

7.3 Portal Único

Grande esperança da administração pública e da iniciativa privada para a simplificação dos processos, controles e administração das operações de comércio exterior nacional. Seus pilares são a integração entre os intervenientes, que atuarão em uma única janela ‘*single window*’, redesenho de processos e aplicação de recursos tecnológicos. Como resultados esperados se espera redução de prazos e custos, transparência e previsibilidade e simplificação.

7.4 Quebra de jurisdição

A Receita Federal, através da Instrução Normativa nr 1.813/18, realizou a chamada “quebra de jurisdição”, ou seja criou a: “*possibilidade de que as declarações de importação (DI) possam ser analisadas por auditores-fiscais lotados em unidades da Receita Federal diferentes da unidade de despacho*” (RECEITA FEDERAL, 2019B). Isto é um avanço de fato, pois equaliza o volume de declarações em relação ao total de recursos disponíveis para analisar: “*A quebra de jurisdição permitirá, principalmente, a equalização entre a quantidade de declarações registradas e o número de auditores-fiscais disponíveis para conduzir os despachos em cada unidade*” (RECEITA FEDERAL, 2019B)

8 | CONCLUSÃO

Como vimos o direito aduaneiro sempre carregou o pesado fardo tributário, sendo difícil defender sua autonomia. A própria doutrina é formada por uma ótica pública, dada os autores serem majoritariamente auditores fiscais, o que não é nenhum demérito, apenas uma constatação.

Contudo, os novos rumos dos processos, dos controles, das formas de relacionamento criam um campo fértil para pesquisadores, profissionais e estudantes, pois novos conceitos surgem e são vinculados ao direito aduaneiro, tais como: “parceira público-privada”, “empresa parceira”, “empresa certificada”, “compliance”, “segurança e conformidade”, “governança”, “gerenciamento de riscos”, “segurança da cadeia logística” e outros tantos que nos convencem, nos fazem crer que se dilatará o horizonte para novos interessados, irá atrair novos autores, para estudar, pesquisar, para trabalhar com o direito aduaneiro, não mais de forma exclusivamente reativa, para agir na correção, mas em especial, **na forma proativa, consultiva, atuando no mapeamento de processos, na integração entre legislação e procedimentos, identificando, avaliando e monitorando riscos, realizando auditorias, relatórios, buscando outras certificações ou seja, cria-se a hipótese para gradual queda de contenciosos, e aumento dos trabalhos consultivos, de planejamento.**

Este é o novo cenário, o novo direito aduaneiro que se apresenta, que força se estabelecer não mais exclusivamente debaixo do Direito Público, mas sim, na interseção entre o Direito Público e o Direito Privado, pois ele se aproxima do Direito Empresarial na medida em que está intimamente relacionado a conceitos existentes neste universo, utilizando e emprestando inclusive conceitos existentes nas normas ISO (9001 e 31000). Se não menos importante, com os tratados internacionais já promulgados, com os trabalhos relacionados com os acordos de reconhecimento mútuo (ARM), hipoteticamente parece flertar para uma posição extraterritorial, que chamará o Direito Internacional Público para se pronunciar, isto é, sugerindo os primeiros passos para uma integração aduaneira global.

REFERÊNCIAS

BALDOMIR SOSA, Roosevelt. **Glossário de aduana e comércio Exterior**. Coord. Yone Silva Pontes. – São Paulo : Aduaneiras, 2000.

BALDOMIR SOSA, Rossevelt. **A Aduana e o Comércio Exterior**. – São Paulo: Aduaneiras, 1995

BASALDUA, Ricardo Xavier. **Introduccion Al Derecho Aduanero**. - Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988

BARBOSA, Jairo Jose. **Direito Aduaneiro: origens da navegação, da aduana e da alfândega: suas respectivas evoluções intertemporais no curso da história mundial e do Brasil**. – Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009

BRASIL. Decreto n. 6.759, de 05 de fev. de 2009. **Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.**, Brasília, DF, fev 2009.

BRASIL. Decreto n. 9.326, de 03 de abr. de 2018. **Promulga o Protocolo de Emenda ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, adotado pelo Conselho-Geral da Organização Mundial do Comércio, em 27 de novembro de 2014, e seu anexo, o Acordo sobre a Facilitação do Comércio, adotado pelos membros da Organização Mundial do Comércio, em 7 de dezembro de 2013.** Brasília, DF, abr 2018.

CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao Direito Aduaneiro.** – São Paulo: Aduaneiras, 1997.

COSTA, Helena Regia **in Importação e exportação no Direito Brasileiro** – (Coord). Vladimir Passos de Freitas. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

FREITAS, Maxsoel Bastos de. **O Direito Aduaneiro como ramo autônomo do direito.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 214, 5 fev. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4791> Acesso em: 15 jul. 2019.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** – 45ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** 1ª Ed.-Rio de Janeiro: Objetiva, 2009

KELSEN, Hans, (1881-1973). **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. – 7ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL, **O Controle Aduaneiro.** Subsecretaria de Aduana e Relações Internacionais. Disponível em: < <http://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despacho-de-importacao/topicos-1/conceitos-e-definicoes/controlado-aduaneiro>> acesso em 16 jul 2019

RECEITA FEDERAL DO BRASIL, **Receita Federal atualiza regras do despacho aduaneiro de importação.** Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/julho/receita-federal-atualiza-regras-do-despacho-aduaneiro-de-importacao>; acesso em 17 jul 2019 (B)

WERNECK, Paulo. **Missão da aduana brasileira, sob a ótica empresarial.** Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública para obtenção do grau de Mestre em Administração Pública (FGV), 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3444/0000330718.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> acesso em 15 jul 2019

O COMPLIANCE COMO MECANISMO DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Cláudia Maria Cândida da Costa Lugli

Universidade de Marília

Marília - SP

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade do programa de Compliance, previsto na Lei nº 12.846/2013, também chamada de “Lei Anticorrupção” não só como mecanismo de prevenção à corrupção corporativa, mas também nas estruturas da administração pública. A Lei 13.303/2016 inova ao exigir a implantação do programa de compliance nas empresas estatais, todavia o presente trabalho visa demonstrar a viabilidade de sua utilização como instrumento anticorrupção também nas pessoas jurídicas de direito público. Recentemente, o Brasil tem sido destaque no mundo devido ao grande e artucioso esquema de desvio de dinheiro público, chega a ser considerado o maior em toda a história, envolvendo empresas transnacionais e órgãos da administração direta e indireta do país. Resultado de uma tendência mundial de combate à corrupção e fomentada pela manifestação popular de saturação das práticas políticas administrativas no país que demonstram a inoperância e calamidade de todo um aparato estatal, a Lei 12.846/2016 trouxe mecanismos que em pouco tempo demonstraram resultados significativos

no objetivo que se propôs, dentre eles damos destaque ao compliance, a priori formatado para empresas que se relacionam com o Poder Público com o objetivo de implantar ações internas de prevenção aos atos de corrupção. Seria possível o desenvolvimento e a aplicação do programa de compliance pelas próprias pessoas jurídicas de direito público? A metodologia utilizada no trabalho foi uma profunda pesquisa bibliográfica sobre o tema em comento, haja vista, se tratar de um fenômeno jurídico recente.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Compliance. Administração pública.

ABSTRACT: This work has for objective to analyze the applicability of the program of Compliance, referred to in law No. 12,846/2013, also called “Anti-corruption Law” not only as a mechanism for prevention of corporate corruption, but also the structures of the public administration. The law 13,303/2016 breaks new ground by requiring the implementation of the compliance program in State enterprises, but the present work aims to demonstrate the viability of your use as anti-corruption instrument in legal entities of public law. Recently, Brazil has been featured in the world due to the large and artucioso bypass scheme of public money, enough to be considered the greatest in the whole story, involving transnational corporations

and agencies of the direct and indirect administration of the country. Result of a worldwide trend to fight corruption and fostered by the popular manifestation of saturation of the administrative policies in the country practices that demonstrate the ineffectiveness and calamity of a whole State apparatus, 12,846/2016 brought law mechanisms that in a short time have shown significant results in the goal they set out, among them we highlight compliance, a priori formatted for businesses that relate to the Government with the goal of deploying internal actions of prevention to acts of corruption. Would it be possible for the development and implementation of the program of compliance by individual legal entities governed by public law? The methodology used in the study was an in-depth bibliographical research on the topic in comment, since, in the case of a recent legal phenomenon. In this sense, the academic in a daring topic so controversial and current already justifies the relevance of that work.

KEYWORDS: Corruption. Compliance. Public administration.

1 | INTRODUÇÃO

No Brasil vêm ocorrendo, desde os anos de 1990, um conjunto de mudanças institucionais na gestão pública. Foram aprimorados procedimentos e regras institucionais para o exercício das atividades de gerência, os papéis e o alcance dos burocratas nos processos decisórios das políticas públicas e os mecanismos de controle da gestão, tendo em vista indicadores de resultados, responsabilização fiscal e práticas de transparência. Ou seja, o Brasil tem experimentado um processo de mudança positiva nos padrões de gestão pública, o que representa inovações importantes para a consecução de políticas públicas mais eficazes e efetivas, no contexto de um projeto de democratização do Estado.

No entanto, ao mesmo tempo em que experimenta mudanças importantes na gestão, o Brasil sofre da permanência da corrupção em uma espécie de agenda negativa da esfera pública. O Brasil vive, desde a democratização, uma sucessão de escândalos políticos que minam a legitimidade do Estado e criam um sentimento de impunidade que paira na sociedade brasileira. O resultado desse processo é uma visão comum do Estado como o espaço dos vícios, e da corrupção como prática corriqueira e recorrente na administração pública.

Da mesma forma, em termos globais, com o fenômeno da globalização, verificou-se o aumento do volume de transações comerciais entre os países, bem como da concentração de poder econômico das organizações empresariais. Esse aumento das operações comerciais e, conseqüentemente, do montante de dinheiro nelas envolvido, criou ambiente mais favorável à corrupção.

Pelo fato de a corrupção trazer prejuízos à ordem econômica mundial e ao sistema democrático, a comunidade mundial passou a demandar um regime de intervenção estatal maior no seu combate, principalmente a partir dos anos 90 e o combate à corrupção se deu por meio dos compromissos assumidos pelos países,

que assinaram Convenções nesse sentido.

Dentre os mecanismos internacionais adotados pelo Brasil está a obrigatoriedade da implantação do programa de compliance disposto na Lei nº 12.846/13 e, no presente estudo se buscou demonstrar a viabilidade da utilização deste mecanismo como instrumento anticorrupção na Administração Pública.

Demonstramos os aspectos que culminaram com a sanção da Lei nº 12.846/13, chamada de lei anticorrupção e as inovações trazidas pelo texto normativo que se tornaram eficientes ferramentas no combate à corrupção no Brasil através da inserção de conceitos de governança corporativa nas empresas que contratam com a administração pública.

A associação da ideia de responsabilidade social da empresa ao combate à fraude e à corrupção por meio de boas práticas de governança corporativa tem se destacado devido ao impacto econômico da corrupção reconhecidamente relevante cuja mensuração pode sensibilizar a sociedade para a magnitude desse problema.

Ponto importante do estudo foi a análise da possibilidade de redução das sanções trazida pela referida Lei, pela existência dos “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, ou seja, os programas de Compliance.

O compliance surgiu como uma das tentativas de mitigar riscos, significa o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização e se funda na utilização de código de ética, código de conduta, canal de denúncia, desenvolvimento de controles internos, procedimentos internos de divulgação de temas relacionados à corrupção e análise de aderência ética dos profissionais e parceiros comerciais.

Devido a isto, procurou-se analisar as implicações jurídicas da adoção de programas de Compliance anticorrupção visando a aplicabilidade de programas de integridade dentro da estrutura administrativa das pessoas jurídicas de direito público, sejam da administração direta e indireta. Como forma de justificar a possibilidade jurídica e viabilidade de fato para aplicação do mesmo, foi traçado um paralelo com a Lei 13.303/2016 que trouxe diversos conceitos de Governança Corporativa, dentre eles o compliance, para a gestão de empresas públicas.

A mensuração dos problemas advindos da corrupção é complexa e controversa, contudo, a corrupção percebida no Brasil ainda é bastante elevada, e, o objetivo deste trabalho é aprofundar o conhecimento dos instrumentos do compliance e os aspectos positivos trazidos com a aplicação deste principalmente na recuperação da credibilidade das organizações em que estão inseridos.

2 | A CORRUPÇÃO GLOBALIZADA E MEDIDAS DE COMBATE

O liberalismo econômico legitimou a obstinação humana pelo acúmulo de riquezas, e, essa necessidade de aglomerar bens imposta pelo capitalismo é o motor

que move a sociedade como conhecemos atualmente, porém, esse comportamento social, além de gerar, pode avigorar efeitos muito nocivos, dentre os quais podemos citar a corrupção.

Os aspectos que circundam a corrupção se alternam conforme o enfoque do observador. Podem-se constatar diversas abordagens sobre o tema como as que a consideram uma característica do sistema social perfeitamente integrada à comunidade de forma a ser inseparável da modernização e estando em equilíbrio perfeito com o desenvolvimento; as que consideraram que a mesma traz efeitos negativos, mas também positivos, tendo em vista que os desvios de conduta são insignificantes ou até benéficos, pois refletem na melhoria das condições de vida dos funcionários envolvidos em esquemas de corrupção enquanto que, por outro lado, sua prática mina o sistema político e a confiança, fortalece aos que têm e enfraquece aos que não têm, ampliando a desigualdade social.

Neste diapasão, a lei brasileira adota conceitos diferentes a depender da abordagem jurídica que se pretende. Para a lei penal brasileira, a corrupção, em sentido estrito, é a atividade da função pública com a solicitação, oferta ou recebimento, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem¹, sendo punidos tanto o funcionário corrupto (a passiva) quanto o particular corruptor (a ativa).

De todo modo, para efeitos da análise do compliance à égide da Lei n.º 12.846/2013, tema central do presente estudo, serão definidos corrupção os atos delimitados nos incisos I a V, considerados lesivos contra a administração pública quando praticados pelas pessoas jurídicas.

A corrupção, das diversas formas e conceitos vislumbrados anteriormente, tem origem em tempos bem remotos e, dentre os aspectos históricos inerentes ao fenômeno, a doutrina nos aponta que é possível observar até mesmo na Bíblia Sagrada diversas citações que retratam corrupção, suborno e práticas contestadas em um padrão razoável de ética e moral.

No Brasil, há relatos de práticas de condutas relacionadas à corrupção desde o início da colonização e, entendemos ser perfeitamente plausível a afirmação de que o fenômeno da corrupção nacional originou-se a partir do chamado descobrimento do Brasil, no momento em que as práticas baseadas na exploração, na fraude, hipocrisia e desobediência legal foram absorvidas pela sociedade principiante.

Helena Regina Lobo da Costa relata que a organização administrativa das colônias era extremamente complexa e confusa². O estado monárquico era eminentemente centralizado, porém, com a necessidade da expansão marítima, este acaba confiando parte de suas riquezas a banqueiros estrangeiros e abrindo cada vez

1 BRASIL. *Decreto – Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2016.

2 *Ibid.*, p. 31.

mais espaço no comércio, política e exército para agentes em busca de vantagem econômica pessoal.

Mais adiante, durante a vigência das capitânicas hereditárias, os donatários detinham poder pouco limitado e alcançavam autonomia até mesmo na esfera criminal e civil, e, diante disso, muitos são os relatos de corrupção praticada pelos Governadores Gerais.

Com a instauração da República após a proclamação da independência em 1822, a corrupção manteve-se presente no cotidiano dos brasileiros, contudo, as práticas foram adaptadas à nova forma de governo, passaram a existir a corrupção eleitoral e a de concessão de obras públicas. A obtenção de vantagens em contratos públicos de obras e concessões de serviços era recorrente para atender os interesses de grupos oligárquicos voltados a projetos vultosos que permitissem a manutenção do sistema de ganho fácil existente no Império.

A disputa eleitoral que pôs fim à denominada Velha República que culminou com a ascensão ao poder de Getúlio Vargas foi consequência da manipulação de lacunas jurídicas e da massa popular em benefício de alguns.

Outro período marcante para a trajetória da história política brasileira foi o da ditadura militar³, iniciado com o golpe em 1964 e, assim como desde o período da colonização, há diversos relatos de corrupção dentro de um regime considerado severo e até mesmo cruel contra aqueles que ousavam descumprir as rígidas regras vigentes à época.

Ao contrário da proposta apresentada para justificar o golpe de 1964, durante o regime militar houve escândalos de corrupção, ainda que a censura tenha sido fortalecida e praticada com afinco pelos militares. Onde se poderia supor não haver práticas antiéticas, imorais e ilegais, na verdade, a corrupção estava presente nas esferas de poder da administração militar.

O ano de 1985 marcou o retorno dos civis à presidência e, em que pese a eleição de Tancredo Neves tenha se dado com votos dos Governadores eleitos, foi possível com a campanha pelas Diretas-Já, com a mobilização de milhares de cidadãos em todas as capitais brasileiras pelo direito ao voto para presidente. Em 1989 o povo elegeu pela primeira vez o presidente da Nova República, Fernando Collor de Melo, que se apresentou como sendo o “caçador de marajás”, prometendo erradicar as mordomias e moralizar o Governo. A mudança do regime de governo brasileiro que deu início à denominada Nova República e a um novo ciclo político que não significou de fato grande mudança nos parâmetros de governabilidade como evidenciado na ocasião do Impeachment deste presidente que constituiu um marco divisor nos escândalos de corrupção.

Após as eleições para presidente em 1989 foi revelado um esquema para

3 A ditadura militar foi o período em que os militares governaram o Brasil e foi caracterizado pela ausência de democracia, supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão aos que eram contra o regime.

captação de recursos à eleição de Fernando Collor, com participação, inclusive, de usineiros de Alagoas em troca de decretos governamentais que os beneficiariam, além de outras artimanhas como chantagens e compromissos que lotearam previamente a administração federal e seus recursos.

O Governo Itamar Franco foi sucedido por Fernando Henrique Cardoso, Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, todos com marcantes episódios de corrupção envolvendo desfalques na previdência, desvio de recursos públicos, tráfico de influência em contratos com o Poder Público, pagamento e recebimento de propina, superfaturamento de contratos, evasão de divisas, entre outros atos envolvendo agentes públicos, agentes políticos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além de empresas privadas.

Desse modo, denota-se que a história nos mostra que a corrupção precede à própria organização social da forma como vivenciamos e, não diferente, no Brasil teve origem na própria colonização e esteve presente em todos os períodos históricos relevantes para o país, inclusive em governos considerados severos. Devido à sua perpetuação no tempo e resistência a todas as modificações sociais da humanidade, a corrupção tem levantado o interesse de diversos estudiosos em países de distantes continentes e de corporações na busca de mecanismos capazes de compelir condutas lesivas ao patrimônio público.

Ademais, com a intensificação das relações internacionais e o avanço da globalização, o problema atingiu escala mundial, especialmente após o aperfeiçoamento dos mecanismos de combate à corrupção implementados pioneiramente pelos Estados Unidos e Inglaterra que passaram a pressionar a comunidade internacional objetivando baixar os níveis das práticas ilícitas no ambiente corporativo transnacional através do Direito Internacional.

Seguindo esta tendência mundial, o Brasil na relação com outros países em ações de cooperação e integração na prevenção e no combate à corrupção, ratificou três Tratados Internacionais relacionadas à cooperação internacional nessa área: a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴.

Diante do interesse da comunidade internacional pelo tema corrupção que culminavam com cada vez mais acordos e ações conjuntas no combate à corrupção, contudo de modo regionalizado, houve um grande apelo para se delinear um acordo verdadeiramente global e capaz de prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas. Assim, nasceu a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que pelo seu caráter global, demonstra a preocupação mundial com o tema.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC) foi adotada pela

4 BRASIL, *Convenção Interamericana contra a Corrupção/Presidência*, Controladoria-Geral da União – Brasília: CGU, 2007.

Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro do mesmo ano, sendo promulgada por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005 e, pelo Decreto 5687, de 31 de janeiro de 2006, a Convenção foi finalmente promulgada, passando a vigorar no Brasil, com força de lei. Este é o maior instrumento internacional juridicamente vinculante, ou seja, que obriga os Estados Partes que a ratificaram a cumprir os seus dispositivos, sob pena de sofrer pressão da comunidade internacional.

A fim de combater a corrupção de maneira mais concreta e específica nos atos ligados direta ou indiretamente às transações comerciais especialmente no que concerne aos funcionários públicos em um contexto de globalização crescente foi elaborada a Convenção da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) contra o suborno transnacional, já que tal prática prejudica a concorrência e afeta o acesso aos mercados internacionais.⁵

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE é uma organização internacional, com sede em Paris, criada após a Segunda Guerra Mundial para a reconstrução dos países europeus envolvidos com a guerra, composta atualmente de 34 Estados membros, que tem seu funcionamento pela adoção de decisões seguindo o princípio do consenso. Consiste basicamente em um fórum internacional que promove políticas públicas entre os países mais ricos do planeta, que apresentam os mais elevados Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), auxiliando no desenvolvimento e expansão econômica das nações integrantes, proporcionando ações que possibilitem a estabilidade financeira e fortaleça a economia global.

O Brasil ratificou a Convenção em 15 de junho de 2000, a promulgou pelo Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000 e tomou como medida principal para o cumprimento dos termos da Convenção a publicação da Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, que pune empresas por atos de corrupção contra a administração pública.

Como asseverado, a Lei Anticorrupção foi publicada como ato decorrente direto da Convenção da OCDE, contudo, indiretamente sofreu influência de outros textos normativos estrangeiros, até mesmo devido ao seu contexto de globalização.

3 | A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, o combate às práticas de corrupção ganha força a partir da abertura comercial no início da década de 1990, mormente quando o país passa a ocupar uma posição de destaque no cenário internacional e, dessa forma, passa a sofrer pressões da comunidade internacional para desenvolver uma política que atenda ao padrão de transparência e combate à corrupção no setor empresarial nos moldes da

⁵ BRASIL. *Convenção Interamericana contra a Corrupção/Presidência, Controladoria-Geral da União* – CGU Brasília: 2014 Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/a-convencao>. Acesso em 17 dez. 2016

adotados pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros, em especial o americano, que serviu de modelo para diversos países.

Seguindo padrões internacionais, inclusive as normativas aprovadas na Convenção sobre o Combate de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, a Convenção Interamericana Sobre a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário, foi editada e promulgada a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Naquela ocasião, no Brasil os atos de corrupção já eram tutelados por diversas leis, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 e Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93 entre outras.

Embora seja fácil perceber a pluralidade de leis existentes no país para combate aos atos de corrupção faltava a codificação de alguma lei que exprimisse o comprometimento do Brasil com países internacionais, em consonância com as normas do Direito Internacional Público e, após debates intensos e grandes redes de tratativas no Congresso Nacional, eis que em 1º de agosto de 2013, a Presidente da República Federativa do Brasil, Dilma Rouseff sancionou a já popularmente conhecida Lei Anticorrupção.

A inclusão do Brasil no regime internacional anticorrupção foi extremamente relevante, tendo em vista que é um país com uma ascensão econômica rápida, sendo que, no ano de 2013 já era considerado o quinto⁶ país a receber mais investimentos estrangeiros diretos no mundo. Por outro lado, percebido como altamente corrupto⁷.

Dessa forma, pode-se dizer que a Lei Anticorrupção surgiu diante da iminente necessidade da legislação pátria em, primeiro, preencher as lacunas existentes; segundo, adequar-se ao cenário jurídico atual, que clamava pelas alterações trazidas pela referida lei; e, por último, corresponder aos compromissos assumidos perante a comunidade jurídica internacional,⁸ todavia, foram as manifestações populares em todo o país expressando o sentimento de indignação com a classe política e de repulsa aos escândalos de corrupção que impulsionaram sua tramitação e, por fim, publicação.

A Lei 12.846/2013 tem se mostrado um marco na legislação nacional de combate à corrupção, tanto pelos novos instrumentos trazidos por esta como pela adequação

6 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE DEVELOPMENT – UNCTAD (Suiça). *World Investment Report 2013: global value chains: investimento and trade for development*. Genebra 2013. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf. Acesso em 12 dez. 2016.

7 No relatório da Transparência Internacional (Índice de Percepções da Corrupção de 2016), o Brasil recebeu grau 40. Ele ocupa a 79ª posição entre 176 países avaliados. Esta é uma “percepção” da corrupção: como a comunidade mundial vê o problema no país. O ranking é desenvolvido através de entrevistas realizadas por instituições respeitáveis, refletindo a opinião dos observadores em todo o mundo. Eles consultam especialistas, analistas de risco e empresários, incluindo as pessoas que vivem e trabalham nos países avaliados.

8 TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. Compliance na Lei Anticorrupção: Uma Análise da Aplicação Prática do Art. 7º, da Lei 12.846/2013. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3969>. Acesso em 15 jul. 2016.

aos mecanismos internacionais. Trouxe inovações que têm o condão de modificar significativamente as práticas adotadas pelas pessoas jurídicas, especialmente nas relações destas com a administração pública nacional ou estrangeira.

Não só no exterior surgiram casos de corrupção com viés corporativo. Atualmente está em andamento uma força tarefa envolvendo investigadores do Ministério Público Federal (MPF) do Brasil, do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e da Procuradoria-Geral da Suíça com o objetivo de investigar condutas ilegais praticadas no ambiente corporativo das empresas Odebrecht e Braskem, uma de suas subsidiárias, no caso denominado como “maior caso de corrupção global da história” e a operação iniciada em março de 2014 para investigação de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros acabou por se tornar a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.

Condutas como estas das empresas transnacionais tendem a influenciar outras empresas na busca de um novo modelo de governança corporativa adotando medidas para evitar atos de corrupção por seus diretores e empregados, mormente quando as violações podem ter graves consequências no exterior.

A Lei Anticorrupção Brasileira que foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015 e, além da possibilidade de responsabilização civil e administrativa das empresas, a lei trouxe mecanismos de controle e prevenção à corrupção, como o programa de *compliance* a ainda de combate e repressão aos atos já praticados, como o acordo de leniência.

Compliance quer dizer conformidade e origina-se do verbo inglês “to comply”, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto em Conformidade com a Legislação e Regulamentação aplicável ao negócio, Código de Ética e Políticas da Instituição.

A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950 e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de compliance com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas.

O programa de *compliance* tem como objetivo precípua assegurar que os empregados e diretores sejam treinados nas políticas anticorrupção, internalizando valores éticos e morais com a estipulação de metas e premissas de ações rigorosas e, em caso de violação a tais códigos podem ocasionar a demissão do empregado / diretor, bem como a aplicação de pesadas multas.

Com a positivação do instituto, verifica-se que o legislador tem uma expectativa de que as empresas que pactuam com a Administração Pública se conscientizem aos poucos do efeito pedagógico e repressivo das sanções e, visando obter a concessão da atenuante prevista no artigo 7º, elaborem o programa de *compliance*.

Além do aspecto objetivo, a Lei traz um aspecto subjetivo ao contribuir para a mudança de atitude e mentalidade do empresariado brasileiro, tendo em vista que as

atividades de *compliance* podem ser assimiladas como uma necessidade decorrente dos fatores aos quais as organizações estão expostas e a busca constante de melhorias, monitoramentos e avaliações dos riscos que exigem maiores atividades de controle e a conscientização dos envolvidos.

De fato, o *compliance* passa a ser um dos pilares da governança corporativa e, além de ser um instrumento fundamental de gestão privada tem ganhado importância imensurável também no que se refere à gestão pública, contudo, para ser avaliado como efetivamente aplicado deve-se observar o comprometimento de transparência, ética e honestidade em toda a cadeia hierárquica da organização empresarial.

Os acontecimentos recentes no país demonstram claramente que o momento é delicado e sensível, e tanto a iniciativa privada quanto o Poder Público devem estar preparados para a mudança de comportamento da própria população que cada vez tem exigido mais resultados e transparência na aplicação dos recursos públicos. Outrossim, a mudança cultural é um processo lento e psicologicamente doloroso, uma vez que gera ansiedade e enfrenta resistência, pois meche em estruturas profundas como os valores, contudo, fortalece mudanças internas e muda paradigmas e atitudes.

Um programa de *compliance* eficiente tem o poder/dever de gerar no ambiente corporativo esta mudança de paradigmas e internalizar a cultura anticorrupção, além de cumprir outros critérios e parâmetros que estudaremos pormenorizadamente adiante.

4 | O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE INTEGRIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estudamos o fenômeno da corrupção no Brasil e pudemos perceber a sua perpetuação mesmo com as modificações de forma de governo. Da mesma forma tal fato se deu em outros países, eis que o fenômeno não é demérito somente de nossa nação, o que, culminou com ações integradas entre os Estados com o objetivo de mitigar ou até mesmo erradicar por completo a corrupção.

Evidentemente, empresas e nações passaram a buscar soluções concretas para o estabelecimento de condutas pautadas pela ética e integridade para se retomar a confiança do mercado financeiro e consumidor e, neste contexto surge o termo *compliance*, palavra que abrange confiança, ética, observância de regras, integridade.

Neste contexto, o Brasil promulga a Lei 12.846/2013, cerne do presente estudo, trazendo consigo, dentre as suas inovações, a figura do *compliance* como potencial mitigador das penalidades eventualmente sofridas pelas pessoas jurídicas envolvidas na prática dos atos ilícitos ali elencados.

A atividade empresarial, por si só, envolve uma série de riscos, inclusive no que concerne à sua própria formação e gestão se darem por pessoas físicas e, devido a isto, suscetíveis a todas as mazelas inerentes à natureza e cultura humana.

A diversidade de personalidade, aliada a cargas emocionais e de responsabilidade torna o gestor administrativo vulnerável diante dos atos praticados pelos indivíduos a ele subordinados, em muitos casos, a responsabilidade não se esgota em quem pratica determinado ato, mas se estende, também, à pessoa jurídica a que esteja vinculado.

Essa percepção criou no ambiente corporativo a ideia de que a pessoa jurídica deve buscar todos os meios possíveis para minimizar os riscos de ser eventualmente responsabilizada pelas condutas de seus funcionários ou colaboradores e, além disso, resultar no incremento no atendimento de seus clientes e na oferta de seus produtos ou serviços. Para tanto, conta com um instrumento poderoso e capaz de influenciar seus negócios, o compliance.

O programa de Compliance deve buscar formas de desenvolvimento sustentável da empresa, observando regras e analisando comportamentos e condutas em sua rotina. Para tanto, deve contar com o comprometimento do Conselho de Administração e de Gestão ou similar em sua hierarquia administrativa, a fim de que seja mais eficaz em na criação de uma cultura corporativa que enfatiza os padrões de honestidade e integridade.

O resultado eficaz do compliance está no acúmulo de aprendizagem de todo o grupo no ambiente corporativo de forma que o comportamento uníssono passe a ser a própria personalidade da empresa, sendo a cultura internalizada capaz de exercer forte impacto no gerenciamento dentro do ambiente empresarial.

Se devidamente elaborado e aplicado, o Programa de Compliance é capaz de garantir a minimização dos riscos de desvios de conduta a que qualquer empresa encontra-se exposta.

Com a reforma administrativa ocorrida na década de 90, que culminou com a edição da Emenda Constitucional 19/98, que alterou o § 1º do art. 173 para ressaltar a necessidade de lei que estabelecesse o **estatuto jurídico** da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização e bens ou prestação de serviços, restou evidenciada a necessidade da adequação da legislação quanto ao regime jurídico dos entes da Administração Indireta por serem estas pessoas jurídicas de direito privado, contudo, subordinados à regras especiais de direito público.

Alicerçada neste fundamento, fora editada, aprovada, sancionada e publicada como Lei n. 13.303, em 30 de junho de 2016, dispondo sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O momento era delicado para as estatais brasileiras devido aos escândalos de corrupção envolvendo a Petrobrás que evidenciou que a corrupção não seria um privilégio de empresas privadas. O esquema alcunhado “Petrolão” ganhou repercussão mundial e abalou os alicerces da sociedade brasileira e repercutiu drasticamente no

meio político chegando ao impeachment da então presidente Dilma Rousseff⁹.

Os escândalos de corrupção na Petrobrás refletiram na diminuição do valor de suas ações e da confiabilidade das demais estatais que abalou a relação destas com os investidores.

A Lei das Estatais, como popularmente chamada, inovou ao trazer um conceito moderno de empresa pública e de sociedade de economia mista, pautado em princípios como a governança corporativa, transparência, prática de gestão e controle interno, no qual se encontra inserido o compliance, todos que possam contribuir para o aperfeiçoamento de sua atuação.

Porém, devemos considerar que não apenas as empresas privadas e estatais estão relacionadas à corrupção no Brasil. Casos passados e recentes nos demonstram que as autarquias, fundações públicas e privadas, associações públicas e privadas, bem como a própria administração pública direta está eivada de vícios, sejam culposos ou dolosos, que não observam as normas regulamentares.

As regras disposta na lei das estatais refletem o clamor social pela integridade pública e a necessidade de atingir a função social da empresa pública e a sociedade de economia mista, a saber, a realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

Fora evidenciado no presente estudo que a corrupção impede que o Estado cumpra sua função precípua que é a de guardar e fazer cumprir a lei, desvirtuando a finalidade do poder com o intuito de beneficiar poucos em detrimento de muitos.

Não à toa há décadas estudiosos vêm estudando o fenômeno da corrupção com o objetivo de desenvolver medidas eficazes contra essa cultura. O compliance é um dos mecanismos que têm mostrado eficácia no combate às práticas antiéticas e ilegais, todavia, os noticiários nacionais e internacionais nos remetem à impressão de que o Estado vem perdendo vergonhosamente a guerra contra a corrupção.

Neste diapasão, denota-se a necessidade de reavaliar as ações do poder público que visam combater a corrupção especialmente na aplicação de medidas práticas de prevenção. Ao analisarmos a função de um programa de compliance, percebemos que uma boa gestão de compliance é indispensável a qualquer gestor não só para proteger sua empresa, como também a si próprio e seus empregados, e, em que pese o programa não seja uma solução lúcida em sua totalidade e permanente aos crimes de corrupção, é a que mais se assemelha.

O compliance tem sido utilizado por grandes nações na luta contra a corrupção. Estados Unidos e Inglaterra editaram severas leis que acabaram por fomentar a disseminação de ética corporativa que, com o tempo, se expandiu para outros lugares do mundo¹⁰.

9 THÓ, Hanna. *Compliance nas empresas estatais brasileiras*. Evolução e perspectivas trazidas pela Lei n 13.303/2016. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54136/compliance-nas-empresas-estatais-brasileiras>. Acesso em 04 jan. 2017.

10 BARRETO, Cassio de Alencar Teles. *O Criminal Compliance à Luz do Ordenamento Jurídico*.

Ações bem sucedidas na iniciativa privada podem ser um indicativo para a solução do problema da corrupção na administração pública, especialmente no que concerne ao compliance, o mundo corporativo vem tendo excelentes resultados no combate aos desvios éticos.

Uma característica do programa de compliance é a sua individualização o que permite a flexibilização de mecanismos com a finalidade de atender a necessidade de cada instituição, seja privada ou mesmo pública. No momento em que a administração pública, todos os servidores do mais alto escalão ao menor processo hierárquico, ser pautada por um comportamento ético, consoante às normas morais e legais de boa conduta dentro do ambiente corporativo e também nas relações do órgão com a sociedade, certamente não haverá espaço para a corrupção.

Nesta perspectiva, enfatiza-se que diversas leis existentes no ordenamento jurídico brasileiro solidificam a perspectiva do Compliance Público, dentre elas: a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846 de 1º de agosto de 2013 e Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015); a Lei do Acesso a Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011); a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013). Além disso, as recentes legislações promulgadas, como Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e suas Subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei 13.303 de 30 de junho de 2016), a Política Nacional de Inteligência (Decreto 8.793 de 29 de junho de 2016), entre outras.

Assim, fica cada vez mais evidente a necessidade da Administração Pública brasileira a implantação de medidas eficazes contra a corrupção. O desafio da implantação de programas de compliance de natureza pública detalhado e específico para a realidade das pessoas jurídicas de direito público é enorme, todavia, a experiência vitoriosa da iniciativa privada deve ser aproveitada e a cultura do compliance deve ser internalizada pelos servidores e gestores públicos e dessa forma a boa governança poderá dar frutos a toda a sociedade.

Em que pese a função do Estado seja a garantia e manutenção de interesses coletivos e o desenvolvimento nacional, parcerias público privadas – PPP's e concessões públicas são formas de parcerias entre Poder Público e iniciativa privada que muitas vezes viabilizam a execução de grandes projetos de infraestrutura e serviços necessários ao desenvolvimento regional ou nacional. Por outro lado os investidores privados almejam o lucro e ao decidir onde aplicar seu capital fazem uma análise minuciosa do investimento, o denominado *due diligence*.

Diante disso, se faz imprescindível que uma nova direção seja materializada para a esfera pública, com a constituição de uma ética e pública firme e sólida, instituída por uma gestão pública forte e comprometida com a sociedade, em que a voz do

dico Brasileiro. Monografia Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília: 2014. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1831/Monografia_C%C3%A1sio%20de%20Alencar%20Teles%20Barreto.pdf?sequence=1. Acesso em 02 mar. 2017.

poder seja o do Estado Democrático de Direito, de uma nação fundada nos preceitos da Constituição da República.

Sendo assim, o Compliance é uma referência para a proeminente transformação que colaborará para que o Brasil, aos poucos, retome o seu progresso e desenvolvimento guiado por uma gestão pública transparente, proba, justa, responsável, comprometida, sustentável e eficiente.

5 | CONCLUSÃO

Pudemos constatar no presente estudo que a corrupção advém de centenas de anos atrás, relatos demonstram práticas antiéticas nas civilizações mais remotas. O liberalismo econômico e a busca incessante pelo acúmulo de riquezas inerente ao capitalismo evidenciou ainda mais este fenômeno. A globalização, por sua vez, encurtou as distâncias e apressou a troca de informações e experiências entre as nações. Da mesma forma superou fronteiras e tornou homogêneas determinadas condutas em todo o globo.

Evidentemente boas práticas foram compartilhadas entre os países, contudo, condutas antiéticas também o foram de forma que a corrupção contaminou todos os continentes.

Em decorrência, não demoraram a aparecer os casos de desvio de recursos públicos e de pagamento de propina em troca de favorecimento e facilitação na contratação com a Administração Pública. Alguns escândalos escabrosos ocasionaram crises astronômicas, fragilizaram sistemas econômicos inteiros e afetaram milhões de habitantes.

Preocupados com isto, as nações buscaram estabelecer medidas globais também para o combate à corrupção que culminaram em convenções e acordos de cooperação mútua e implantação de práticas meticulosamente estudadas para o seu objetivo.

Desta forma, sendo o Brasil signatário das convenções internacionais, fora editada e publicada a Lei 12.846/2013 trazendo como principal inovação a mudança de enfoque no combate à corrupção estabelecendo sanções para as pessoas jurídicas aos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

A princípio, o enfoque da Lei Anticorrupção é, além da penalização, a implantação de práticas de governança corporativa nas pessoas jurídicas de direito privado, especialmente do compliance.

O compliance consiste em um sistema de prevenção e detecção de violação às leis, regulamentos e políticas da empresa com a finalidade de desenvolver uma cultura de ética, integridade e prevenir atos ilícitos no âmbito corporativo. Logo, por meio de uma série de mecanismos aptos a identificar, fiscalizar e punir práticas ilícitas, as pessoas jurídicas assumem a responsabilidade de frear internamente condutas

contrárias ao ideal de probidade, moralidade e legalidade. Representa então a inserção de valores de ética, moral, probidade e transparência nas corporações, com o objetivo geral de proteger as pessoas jurídicas diante de práticas ilícitas que tanto denigrem a imagem e impossibilitam um desenvolvimento probo e vantajoso.

Partindo da premissa de que o compliance pode significar a recuperação da credibilidade, do desenvolvimento sustentável e da prosperidade da empresa, neste estudo buscamos analisar a viabilidade de sua aplicação diretamente na administração das pessoas jurídicas de direito público.

É cediço que inicialmente o compliance tenha sido utilizado na atividade privada, contudo, graças a episódios fatídicos, essa preocupação ética foi trazida expressamente às empresas estatais com a publicação da Lei 13.303/2016. Naturalmente, devemos ponderar que não só as empresas privadas e as estatais estão relacionadas à corrupção no Brasil.

Outrossim, a integridade deve ser também buscada em cada órgão e entidade do poder público e não basta tomar medidas de cunho midiático ou apenas emergencial. O fato é que o Brasil precisa de um programa generalizado de busca de integridade.

A corrupção como um fenômeno sociológico, apenas tratável por meio do esforço de toda a Nação, firme na implementação de uma cultura de probidade. E cultura cria-se através da reiteração de práticas ao longo do tempo, as quais, *in casu*, apenas poderão ser induzidas por meio de atividade estatal consciente e planejada.

Enquanto os atos normativos propostos no Brasil não demonstram efeitos, têm naturalmente esqualido em seus efeitos devido à sua generalidade, distância da realidade e sem a menor preocupação com a efetividade, frustram a expectativa popular, que acaba por desacreditar no “sistema” de controle público exercido pelo Estado, o compliance é a ferramenta necessária à materialização do esforço de formação e conscientização da sociedade para uma cultura de ética e responsabilidade constante.

Frente a esta realidade é que entendemos ser totalmente pertinente e viável implementação de programas de *compliance* no setor público, utilizando-se da experiência dos programas adotados pelas corporações privadas, pois, apenas com um compromisso sério poderemos tornar nossa economia forte, e nossa política estável, gerando o que se espera da Administração Pública: bem-estar e justiça social.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. (19ª tiragem). Tradução Carlos Nelson Coutinho.

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Curitiba: ed. Íthala, 2015.

CANDELORO, Ana Paula P., RIZZO, Maria Balbina Martins de e PINHO, Vinícius. *Compliance 360° Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. Ed. Trevisan. São Paulo: 2012

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na História do Brasil: Reflexões sobre suas origens no período colonial* in *Temas de Anticorrupção & Compliance*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CORDOVIL, Leonor, CARVALHO, Vinícius Marques de, BAGNOLI, Vicenti, ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DEBBIO, Alessandra Del, MAEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique da Silva, *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de responsabilização das pessoas jurídicas (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013)*. Ed. Saraiva. São Paulo: 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 82, dezembro de 2013.

KING, Victor T. *The Sociology of Southeast Asia. Transformations in a Developing Region*. Nias Press: 2008. Disponível em: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:857293/FULLTEXT01.pdf>. Acessado em 02.02.2017.

MELO, Felipe Luiz Neves Bezerra de. SAMPAIO, Luciano Menezes Bezerra. OLIVEIRA Renato Lima de. *Corrupção Burocrática e Empreendedorismo: Uma Análise Empírica dos Estados Brasileiros*. In: *Revista RAC*. V. 19. Mai/jun. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rac/v19n3/1415-6555-rac-19-03-00374.pdf>. Acesso em 19 fev. 2017.

MONTGOMERY, Eduardo Ludmer. *O Impacto das Leis Internacionais de Combate à Corrupção nos Negócios Realizados no Brasil*. 2015. Disponível em <http://britcham.com.br/default.asp?id=3007>. Acesso em 08 dez. 2016.

THÓ, Hanna. *Compliance nas empresas estatais brasileiras*. Evolução e perspectivas trazidas pela Lei n 13.303/2016. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54136/compliance-nas-empresas-estatais-brasileiras>. Acessado em 04 jan. 2017.

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. *Compliance na Lei Anticorrupção: Uma Análise da Aplicação Prática do Art. 7º, da Lei 12.846/2013*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3969>. Acesso em 15 jul. 2016.

A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA E SUA VIABILIDADE PRÁTICA

Ana Lúcia Maso Borba Navolar

Universidade Estadual de Londrina

Londrina – Paraná

RESUMO: O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 1.071 altera a Lei de Registros Públicos e abre a possibilidade da realização do procedimento da usucapião de bens imóveis de forma administrativa. Tal inovação é interessante no cenário jurídico brasileiro, uma vez que a grande demanda de ações no Judiciário tornam o processo moroso e dessa forma a tutela jurisdicional não é plenamente satisfeita. Esse fenômeno de desjudicialização do Direito, que é o deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, especialmente as serventias notariais e registrais, não é uma novidade, em leis anteriores já havia sido permitido o divórcio, inventário e partilha extrajudicialmente. O objetivo geral dessa pesquisa é analisar o processo da usucapião extrajudicial apresentado pelo novo Código de Processo Civil, em quais casos é possível recorrer a essa nova possibilidade, e se é viável a realização da usucapião pela forma administrativa. O estudo conclui que, apesar da abertura da usucapião pela forma administrativa ter sido criada para privilegiar a função social, já que o procedimento seria mais ágil e assim, o quanto antes a propriedade seria daquele

que efetivamente dá uma destinação social ao imóvel, os muitos requisitos exigidos em lei para que possa ser efetivada a transferência da propriedade ao atual possuidor praticamente inviabilizam o procedimento contencioso, sendo cabível apenas quando se trata de jurisdição voluntária.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião. Extrajudicial. Celeridade. Desjudicialização.

ADMINISTRATIVE USUCAPTION AND ITS PRACTICAL VIABILITY

ABSTRACT: The current Code of Civil Procedure (2015), in his article 1071, amending the Law of Public Records and opens the possibility of performing the procedure of usucaption of real estate administratively. Such innovation is very important in the Brazilian legal scenario, since the great demand for shares in the justice make the process extremely slow and thus the judicial protection is not fully satisfied. This unjudicialization phenomenon of law, which is the displacement of the judiciary powers to extra-judicially agency, especially the notary and notary property registration, is not new because previous laws had been allowed the divorce, inventory and sharing extrajudicially. Thus, the general objective of this research is to analyze how works the procedure of extra-judicial usucaption presented by the new Civil

Procedure Code and in which cases it will be possible to use this new possibility. The study concludes that although the opening of usucaption by the administrative form was created to privilege the social function, since the procedure would be more agile and thus, the one that effectively gives a social destination to the property would own it, the many requirements in law so that the transfer of ownership can be effected to the present owner practically unviable the litigation procedure, being only applicable when it comes to voluntary jurisdiction.

KEYWORDS: Usucaption. Administrative Process. Swiftness. Unjudicialization.

1 | INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, no artigo 1.071 (alterando a Lei de Registros Públicos), apresenta o procedimento extrajudicial para a usucapião de bens imóveis. Assim, aquilo que antes só havia a possibilidade em um específico caso, qual seja, a usucapião administrativa, permitida no âmbito da regularização fundiária e com outros vários requisitos, agora é uma alternativa aos vários tipos de usucapião, ampliando sensivelmente o campo de aplicação.

Por se tratar de um procedimento totalmente administrativo, este instituto se insere no fenômeno de desjudicialização do Direito, apresentado como o deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, especialmente as serventias notariais e registrais.

Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo analisar em quais hipóteses é possível proceder à usucapião extrajudicial e se tal instituto é viável, ou seja, se a usucapião por esta via é realmente mais vantajosa do que a usucapião judicial.

Dessa forma, será possível compreender se esta forma colabora com a função social, agilizando o procedimento de transferência da propriedade para o possuidor que realmente funcionaliza o imóvel, ou se é um instituto inviável, apenas formalmente interessante.

2 | USUCAPIÃO

2.1 Conceito

A palavra usucapião vem do latim *usucapio*, que é a junção das palavras *capio* e *usus*, a primeira significa tomar, e a segunda se remonta ao uso, que originalmente dizia respeito à posse (*usus est pro possessione* - o uso faz as vezes da posse), ou seja, tomar pelo uso.

Usualmente associa-se a usucapião à aquisição da propriedade, no entanto, esta pode ser usada para a aquisição de outros direitos reais, Benedito Ribeiro (2012, p. 216) explica,

Esses outros direitos reais possíveis de exercício ou posse continuada acham-se abrangidos, uma vez que podem ser objeto de usucapião (usufruto, uso, enfiteuse, habitação e servidões reais). Destarte, não somente o domínio pleno (*jus in re*) seria possível de aquisição por usucapião, mas qualquer um dos direitos sobre coisa alheia (*jura in re aliena*) e desde que presente a posse pelo lapso temporal assinalado na lei.

Assim, conceitua-se usucapião como uma das formas de aquisição originária da propriedade e de outros direitos reais em razão da posse prolongada no tempo acrescida de outros requisitos.

2.2 Requisitos comuns

Várias são as espécies de usucapião: Usucapião Extraordinária; Ordinária; Tabular; Especial rural e urbana; Coletiva, por abandono do lar; Especial Indígena e a Administrativa criada na lei 11.977/09 (e agora prevista na lei 13.465/17). Cada uma delas possui requisitos próprios, mas todas, no mínimo, possuem os requisitos comuns: coisa hábil, tempo e posse que serão vistos a seguir.

A coisa a ser usucapida deve ser hábil a este fim, ou seja, deve poder ser usucapida.

As coisas que podem ser usucapidas são apenas particulares, assim, não podem ser usucapidos os bens públicos de qualquer natureza. E, também, já se consolidou o entendimento de que não pode ser coisa fora do comércio. Logo, os bens instituídos como de família, não poderiam ser objeto de usucapião. Assim, teoricamente, o bem materialmente de família, mas sem a instituição, poderia ser objeto da usucapião. (PENTEADO, 2012, p. 320).

Ademais, é necessário que ocorra o transcurso de um determinado período de tempo para a aquisição pela via da usucapião. Nas palavras de Luciano de Camargo Penteado (2012, p. 321) "o efeito do tempo sobre as situações jurídicas em geral implica certa tendência à consolidação".

O lapso temporal, que é essa força criadora, se difere em cada espécie de usucapião, mas em todas elas o lapso deve ser ininterrupto, e a prova da interrupção do prazo prescricional cabe ao proprietário no caso de uma eventual ação de usucapião.

Insta mencionar que a posse para fins da usucapião é a qualificada, significa que o usucapiente deve possuir com a intenção de ser dono (*animus domini*), ou seja, a posse no sentido "do poder de dispor fisicamente da coisa, com ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção de outrem" (MELO, 2014, p. 26).

Ademais, a posse deve ser contínua, mansa, pacífica e justa. Mansa e pacífica é aquela exercida sem que haja manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse e, também não pode ter sido obtida nem mantida por violência. E justa é aquela que não possui vícios: violência, clandestinidade e precariedade.

Por fim, a posse deve ser contínua e duradoura, sem intervalos "em que o postulante ou seu antecessor não exerça qualquer ato possessório sobre o bem"

(PENTEADO, 2012, p. 319).

Importante mencionar que, uma vez reunidos esses requisitos a propriedade, ou outro direito real cabível, automaticamente passa ao usucapiente, a ação de usucapião é meramente declaratória, seu objetivo é somente declarar a aquisição de um direito real por usucapião.

No entanto, ainda que a propriedade se adquira com o preenchimento dos requisitos, o registro é necessário para ter oponibilidade *erga omnes* e para que possa haver a disposição do bem, razão pela qual se faz necessário o procedimento da usucapião judicial ou extrajudicial.

3 I USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO ATUAL CPC

O Código de Processo Civil de 2015, através do art. 1071, alterou a Lei de Registros Públicos para incluir a usucapião extrajudicial.

Esse artigo apresenta o procedimento exigido para que haja a declaração da usucapião pelo Cartório de Registro de Imóveis, isso porque uma vez que estão preenchidos os requisitos da usucapião, automaticamente adquirir-se-á a propriedade do bem.

Note-se que esse procedimento vale para qualquer modalidade de usucapião que consiga reunir os requisitos para tal, diferentemente da usucapião administrativa criada na lei 11.977/09 (e agora prevista na lei 13.465/17) em que só é possível em casos de regularização fundiária urbana.

3.1 Fases do Procedimento da Usucapião Administrativa

Primeiramente, insta mencionar que por se tratar de um procedimento complexo é necessária a representação por advogado, tal fato não é nenhuma novidade legislativa, uma vez que em outros procedimentos de desjudicialização, como é o caso o inventário ou separação extrajudiciais, em que já se exigia a presença do advogado.

Quem presidirá e decidirá esse processo administrativo comum de usucapião é o Oficial de Registro de Imóveis com competência territorial para o ato, e por se tratar de um procedimento que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, a intervenção judicial e a do Ministério Público são dispensáveis.

Ademais, o procedimento judicial e o extrajudicial da usucapião são bem diferentes. Quanto aos efeitos, ainda que ambos reconheçam a aquisição originária de algum direito real imobiliário, o procedimento judicial produz litispendência e coisa julgada, ao passo que o extrajudicial, não.

Também se diferem quanto à legitimidade ativa. A legitimidade ativa no procedimento extrajudicial é o interessado, ou seja, não é necessário que quem requeira o pedido seja o possuidor, qualquer pessoa que demonstre o interesse

jurídico poderá ser legitimado ativo, por exemplo, um credor do possuidor para que depois possa mais facilmente ter seu crédito recebido. Já no judicial é o possuidor.

Inicialmente, o usucapiente, ou o interessado, deverá fazer a peça inicial do processo de usucapião extrajudicial, que é um requerimento de instauração do processo administrativo justificando detalhadamente o seu direito à usucapião, apresentando também o preenchimento dos requisitos materiais para a aquisição da usucapião almejada.

Os documentos a que a lei se refere são para instruir o pedido e estão arrolados nos incisos I a IV do referido artigo, são eles,

a) Ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias.

Assim, todos aqueles documentos que são imprescindíveis na usucapião judicial para se comprovar o tempo de posse, titularidade, e qualidade da posse, como por exemplo, conta de água, luz, carnês de compra, depoimento de testemunha etc., deverão ser apresentados ao tabelião (podendo ele mesmo ir até o imóvel para confirmar), que formulará a ata notarial, e esta será levada ao registrador para instruir o procedimento.

O notário deve se restringir a atestar os fatos, não deve emitir suas opiniões, pois posteriormente o registrador é que fará um juízo de valor do caso.

Ademais, nada impede que se faça mais de uma ata notarial e a leve ao registrador, no caso da parte ter se lembrado de outro fato ou elemento importante ou se tiver algo novo.

Através deste requisito o legislador pretende dar maior segurança jurídica ao procedimento, vez que a ata notarial lavrada pelo tabelião possui fé pública, ao seu conteúdo é atribuído certeza, veracidade e publicidade. Dessa forma, o procedimento perante a serventia de registro de imóveis (onde se processa a usucapião administrativa) se simplifica, pois a incumbência de analisar a autenticidade e auferir o peso dos documentos que comprovem o tempo da posse incumbirá ao tabelionato de notas.

b) planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

Este documento é também necessário para o requerimento da usucapião judicial, ele tem por finalidade delimitar o bem imóvel, sanando eventuais irregularidades na demarcação e identificar os confrontantes do imóvel usucapiendo, vez que posteriormente deverão demonstrar seu consentimento.

A planta e o memorial descritivo, a serem elaborados por um profissional

habilitado, deverão indicar o imóvel usucapiendo e seus confrontantes, devendo estes últimos também terem a indicação dos titulares desses imóveis.

Em seguida, a planta e o memorial deverão ser assinados pelo profissional habilitado que os elaborou.

Por fim, o requerente da usucapião e todos os titulares de direitos, reais ou não, averbados nas matrículas ou transcrições do imóvel usucapiendo e de seus confrontantes deverão assinar concordando com o trabalho técnico e com o pedido de usucapião. Isso se justifica porque a usucapião um modo de aquisição originária de direito real, podendo vir a extinguir os direitos, reais ou não, publicizados no Registro dos Imóveis. De modo que deve ser concedida a oportunidade para que todos os titulares potencialmente afetados possam impugnar o pedido. (BRANDELLI, 2015, p. 79)

Até julho de 2017, era necessária a concordância expressa dos proprietários de direitos reais e dos confinantes logo no memorial descritivo. Assim, simplesmente no caso de silêncio de qualquer deles já restava prejudicada a usucapião. Esse silêncio apontado na lei se refere à ausência da assinatura no memorial descritivo.

Entretanto, a lei 13.465/17 alterou essa situação permitindo que se o confinante, seu cônjuge ou mesmo aqueles que possuem direitos averbados ou registrados na matrícula do imóvel ficam silentes, há presunção de concordância com o pedido.

É de se apontar que embora o silêncio agora seja interpretado como concordância, ainda o procedimento da usucapião extrajudicial só se aplicará aos casos de jurisdição voluntária, haja vista que, - ainda que encontrar a boa vontade dos proprietários dos imóveis confinantes e dos direitos reais averbados a eles já seja uma tarefa difícil - o requisitos mais limitador é que os proprietários de direitos reais do imóvel que está sendo usucapido também deve concordar, ou, no mínimo, não pode discordar.

Ou seja, caso não seja um procedimento apenas para regularizar uma situação já existente, por exemplo, o adquirente pagou pelo imóvel, mas não transferiu oportunamente ao seu nome e não encontra mais o vendedor para poder realizar a transferência, será possível se utilizar deste procedimento. Do contrário, com a notificação de que há alguém querendo usucapir o seu imóvel, o proprietário (já que a propriedade é o mais notório dos direitos reais) imediatamente manifestará sua contrariedade e não será possível a usucapião se processar administrativamente.

Tal é sua importância que o deferimento sem tal formalidade possibilita ao proprietário pedir a anulação do registro.

c) Certidões negativas dos distribuidores da Comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente.

Este documento consiste em comprovar que o imóvel não é objeto de alguma demanda judicial, ou seja, que sobre ele não pesam impedimentos. Ele não é necessário na usucapião judicial vez que o próprio juiz pode verificar isso, mas em

contrapartida são exigidas certidões negativas ou positivas nos cartórios de registros de imóveis para aumentar a segurança jurídica do procedimento.

d) justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse.

O justo título é um documento capaz de transferir o domínio. Tem justo título, por exemplo, aquele que é titular de uma promessa de compra e venda celebrado com quem é efetivamente o titular do domínio, ou mesmo com aquele que também era titular de uma promessa de compra e venda registrada.

Ademais, reforça a ideia de que esta usucapião administrativa tem por premissa a jurisdição voluntária, ou seja, tem por objeto aqueles casos em que o usucapiente não está em conflito de interesses com o proprietário, sendo, na maioria das vezes, ele mesmo o proprietário de fato, só não tendo praticado alguma formalidade essencial à transferência de propriedade, como é o caso do compromisso de compra e venda com a respectiva transferência de valores, mas sem a transferência da propriedade no Registro de Imóveis.

Em que pese o justo título conferir mais segurança jurídica, o legislador também admitiu outros documentos capazes de demonstrar a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, inclusive dá até exemplos "tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel", ou seja, a intenção é facilitar o acesso, consolidando da melhor forma possível a função da propriedade.

E mesmo incipiente a doutrina a respeito desse tema, já há autores entendendo que o requisito do justo título só é exigível no caso da própria usucapião exigi-lo, como é o caso da usucapião ordinária.

Uma vez que o interessado tenha reunido todos os requisitos e feito o pedido poderá ser feita a prenotação, que ocorre quando o requerimento é inscrito no protocolo no Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel.

Ademais, em regra, a prenotação tem o prazo de validade de 30 dias (art. 188 da Lei de Registros Públicos), sendo que, esgotado esse prazo, a prenotação é cancelada, então, daí, o título deve ser novamente prenotado. No entanto, como na usucapião o procedimento tende a se alongar mais do que 30 dias, o §1º do art. 216-A da Lei de Registros Públicos concede uma prorrogação até que haja a análise por parte do Registrador, acolhendo ou rejeitando o pedido.

Então, uma vez que todos os documentos necessários forem apresentados ao Registrador, este realizará a autuação do pedido. A autuação torna o pedido e os documentos uma única peça documental, a partir de então, todas as ocorrências deverão ser certificadas no processo.

O Registrador analisará se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade da usucapião extrajudicial (legitimidade ativa; documentos necessários; se estão provados os requisitos da espécie de prescrição aquisitiva almejada; requisitos formais registrais etc.).

De início será analisado se há requerimento, se ele fundamenta corretamente o pedido, se há representação por advogado, em seguida analisa a presença dos documentos necessários, como por exemplo, a planta do imóvel para verificar se há a assinatura dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes etc.

O juízo de cognição nessa etapa é mais aprofundado do que na etapa da prenotação. O Registrador faz, neste ponto, uma análise das provas em si, tentando colher elementos que o levem a convicção da existência da posse que permite a usucapião.

Se ele entender que não há elementos suficientes ou que há elementos suficientes mas eles não conseguem convencer o Registrador que houve a aquisição do bem pela usucapião, ele negará o pedido.

Assim, caso o Registrador entenda que o conjunto probatório não está completo, poderá requisitar as diligências que entender necessárias para a elucidação do caso, como por exemplo, a oitiva de testemunhas. Se depois da produção dessas provas houver o convencimento do Registrador sobre a aquisição do bem pela usucapião, o processo seguirá seu curso. Entretanto, se mesmo depois dessas provas não houver o convencimento, o pedido será rejeitado.

Uma vez que a qualificação for positiva, tendo ou não havido diligências complementares, o Registrador notificará os legitimados passivos que não tenham assinado espontaneamente a planta e o memorial descritivo assinado por profissional habilitado. Esses legitimados passivos são os titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, além do possuidor *ad usucapionem*.

Não havendo essa assinatura, deverá o requerente solicitar a notificação pelo Oficial de Registro de Imóveis informando o endereço desses legitimados passivos para ser realizada a notificação. O Registrador procederá a notificação pessoal ou por correio, mediante aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 dias. No caso de não haver manifestação no prazo, o silêncio será interpretado como concordância. E caso haja expressa impugnação, o pedido deverá ser remetido ao juízo competente.

Ou seja, existem três alternativas possíveis, ou os indicados comparecem e concordam, prosseguindo o procedimento; os indicados não comparecem e então o silêncio é entendido como concordância, ou pode ser que os indicados queiram expressamente impugnar o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, então, como daí surge a jurisdição contenciosa, com conflito de interesses, não mais será processada a usucapião na serventia de registro de imóveis, devendo ser remetido ao juiz da comarca, e se o requerente quiser, que adéque a petição inicial para seguir no procedimento comum.

Em seguida, o oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registros

de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem sobre o pedido em 15 dias. Com isso se verifica se o imóvel pertence a um destes entes públicos, posto que se for um bem público, não será passível de usucapião.

No caso desses entes públicos, o silêncio também será entendido como anuência.

Por fim, o registrador promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar também no prazo de 15 dias. Esses "terceiros eventualmente interessados" são as pessoas que possam eventualmente ter algum direito afetado caso haja o reconhecimento da usucapião da propriedade, mas que inicialmente não são identificadas ou conhecidas.

E, assim como no caso dos outros, a não impugnação será entendida como anuência, o silêncio não será entendido como discordância.

Com as etapas acima concluídas o procedimento está finalizado. Deverá, então, o Registrador fazer a qualificação final do pedido, entendendo por aceitar a realização do pedido de usucapião e procedendo ao registro; negar o pedido através de nota devolutiva, caso haja algum problema formal ou material – entanto, contra isso caberá a suscitação de dúvida nos termos do art. 216 § 7º e art.198, ambos da Lei de Registros Públicos – ; ou remeter os autos ao juízo competente no caso de ter havido impugnação de algum dos notificados.

No caso do pedido e dos documentos estarem de acordo, ser aceito o pedido e proceder ao registro, ainda há que se atentar quais dados serão postos na nova matrícula, já que se trata de um modo de aquisição originária, nesse aspecto Brandelli (2015, p.108 -109) explica,

No que diz respeito à continuidade objetiva, da mesma forma que no processo judicial, o reconhecimento pela via extrajudicial, para ser procedente, não necessita obedecê-la. Trata-se de aquisição originária, e, apesar de haver a necessidade de localizar as matrículas ou transcrições de onde saem a área usucapida, em razão da necessidade de se localizar os titulares de direitos inscritos – o que não é exigido na usucapião judicial, na qual há a possibilidade de contornar tal desconhecimento mediante citação editalícia –, não há necessidade de que as descrições coincidam. Basta que a nova descrição, caso não coincida, tenha os requisitos mínimos de especialidade a possibilitar a abertura de matrícula.

Ou seja, deverá constar na nova matrícula a localização das matrículas ou transcrições de onde saem a área usucapida. Como lembra o autor citado, tais informações não são necessárias no caso da usucapião judicial.

Entretanto, como se trata de um procedimento complexo que estará se processando em Cartório, haverá algumas diferenças quanto ao procedimento judicial, diferenças essas já mencionadas anteriormente.

Com isso se percebe que mesmo sendo um procedimento complexo estará

coberto pela segurança jurídica. Os vários requisitos fazem presumir que esse procedimento tenta, a todo custo, afastar a insegurança jurídica e cumprir com a intenção de ser mais célere que o processo judicial.

E uma vez que se trata de procedimento administrativo, sempre é possível fazer uma revisão jurisdicional, a qualquer tempo, desde que antes do prazo prescricional. (SCAVONE, 2016, p. 22). Ou seja, tal procedimento extrajudicial não afasta o judicial.

4 | APLICABILIDADE PRÁTICA

Em vistas a garantir a segurança jurídica ao procedimento, o legislador exigiu vários requisitos para que se processasse a Usucapião extrajudicialmente, são eles: ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores; planta e memorial descritivo assinados por profissional legalmente habilitado e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; e certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse.

Entre estes requisitos, a planta e memorial descritivo assinados pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, são os que mais restringem a usucapião dessa forma.

Ainda que a lei 13.465/17 tenha alterado o artigo ao não mais considerar o silêncio dos intimados como rejeição e sim como anuência, da mesma forma, continua sendo um requisito impeditivo, pois a contrariedade de qualquer deles impede que a usucapião se processe extrajudicialmente.

É lógico concluir que nenhum proprietário tem a intenção que seu imóvel seja usucapido, ao receber a notificação, rapidamente manifestará a contrariedade. Nestes termos, só será possível naqueles casos em que o usucapiente já é o proprietário de fato, mas não o é de direito, pois nesse caso, o proprietário de direito não se importará com a usucapião.

Tais requisitos são relevantes para garantir a segurança jurídica ao procedimento, mostrando que este não é um procedimento arbitrário. Os muitos requisitos exigidos conferem à usucapião extrajudicial segurança jurídica igualável à alcançada com o processo judiciário.

Ademais, como um dos requisitos legais exigidos é o “justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse” reforça a ideia de que esta usucapião administrativa tem por premissa a jurisdição voluntária, ou seja, tem por objeto aqueles casos em que o usucapiente não está em conflito de interesses com o proprietário, sendo, na maioria das vezes, ele mesmo o proprietário de fato, só não tendo praticado alguma formalidade essencial

à transferência de propriedade, como é o caso do compromisso de compra e venda com a respectiva transferência de valores, mas sem a transferência da propriedade no Registro de Imóveis.

Insta mencionar que o usucapiente pode apresentar contas de água ou luz do imóvel para preencher o requisito do “justo título ou quaisquer outros documentos”. Ou seja, mesmo que não se exija um contrato, ainda sim, o que se vê na praxe é que apenas o usucapiente que está no imóvel em comum acordo com o proprietário de fato é que possuirá os boletos de água ou luz pagos. Reforçando o fato de que apenas é possível esse procedimento para os casos em que não há conflito de intenções.

Assim, ainda que a lei permita que esse procedimento se aplique à qualquer modalidade de usucapião, na situação fática ela só tem aplicabilidade quando não há conflito de interesses, é para quando se trata da jurisdição voluntária. Como visto, se houver a impugnação expressa não mais será possível a usucapião extrajudicial, somente a judicial, vez que automaticamente serão os autos remetidos ao juiz da comarca.

5 | CONCLUSÃO

O atual Código de Processo Civil, seguindo a linha de desjudicialização do direito, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a usucapião extrajudicial, que não se trata de uma nova espécie de usucapião, senão uma nova forma de ter reconhecido o direito do usucapiente que não passa pelo Judiciário.

O fenômeno de desjudicialização do direito é imprescindível no atual momento; o Judiciário não está conseguindo acompanhar a demanda de ações, tornando, conseqüentemente, os processos morosos. Diante dessa situação, o legislador permitiu que algumas ações, como a de inventário e de divórcio consensuais, pudessem se processar extrajudicialmente pelas serventias registrais como uma alternativa ao Judiciário. E, mais recentemente, com o advento do atual Código de Processo Civil, abriu-se a possibilidade de realizar a usucapião também extrajudicialmente.

Apesar de ser um instituto que proporcionaria mais celeridade à demanda, surge a discussão se é um procedimento hábil a solucionar a questão, ou se se trata de um procedimento apenas formal, sem aplicação prática.

O legislador elencou complexos requisitos para admitir este procedimento, entre eles, o que mais se destaca é a planta e o memorial descritivo assinados pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes.

Pela análise feita é possível reconhecer que o procedimento só é plausível quando se trata de jurisdição voluntária, ou seja, tem por objeto aqueles casos em que o usucapiente não está em conflito de interesses com o proprietário, sendo, na maioria das vezes, ele mesmo o proprietário de fato, estando ausente alguma

formalidade necessária à transferência de propriedade, a exemplo tem-se os casos de compromisso de compra e venda com a transferência do preço e da posse do imóvel, mas sem a transferência da propriedade no Registro de Imóveis.

Isso porque, se houver a impugnação expressa, como por exemplo, do proprietário do imóvel que está sendo usucapido (que é um daqueles que será notificado para assinar a planta e o memorial) não mais será possível a usucapião extrajudicial, somente a judicial, vez que automaticamente serão os autos remetidos ao juiz da comarca.

Assim, resta claro que, ainda que possa ser aplicado o procedimento extrajudicial a qualquer modalidade de usucapião, tal instituto se restringe aos casos de jurisdição voluntária, pois, sendo contenciosa, a única forma que conseguirá a declaração da transferência da propriedade é através do Estado-juiz.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa**: De acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Crise no Poder Judiciário**. Publicado no jornal DCI de 05/05/2008. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/113>> Acesso em 17 de julho de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata Notarial: Doutrina, prática e meio de prova**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil-constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito Civil: Direito das Coisas**. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO, Washington Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil : direito das coisas**, 44ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 9 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**, vol. 1. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

Jr., SCAVONE, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016 [versão e-book].

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Comentários à Lei de Registros Públicos**. Florianópolis: Editora Conceito, 2010.

WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A POSSE COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DAS TERRAS DEVOLUTAS MINEIRAS

Virginia Junqueira Rugani Brandão

Puc Minas

Serro – Minas Gerais

POSSESSION AS A LAND REGULARIZATION INSTRUMENT: AN ANALYSIS OF MINAS GERAIS STATE'S LAWS ABOUT THE VACANT LANDS

RESUMO: A regularização fundiária é instrumento correlato à promoção da cidadania, que está diretamente ligado à efetivação do direito social fundamental à moradia digna. No entanto, a realidade mineira demonstra que a irregularidade fundiária é regra, especialmente no interior, atingindo também as terras devolutas estaduais. Nesse contexto, o presente trabalho busca demonstrar que a política pública mineira voltada para a regularização de terras devolutas mostra-se inadequada em comparação com a atual política nacional, no que tange a valorização da posse como instrumento efetivador do direito à moradia. A sistemática do artigo consiste na verificação da relevância da posse na regularização das terras devolutas a partir do estudo da legislação mineira, na apresentação dos argumentos contrários à valorização da posse, e na demonstração dos benefícios da função social da posse em relação à garantia de acesso democrático ao direito social fundamental à moradia digna.

PALAVRAS-CHAVE: Posse; Regularização fundiária; Terras devolutas; Direito a moradia digna.

ABSTRACT: The land regularization is essential to the promotion of the citizenship, which is linked to the fundamental right to housing. However, the reality of the Minas Gerais State shows that irregularity rules, especially at the country, and also reaches the vacant lands. In this context, the present work intends to demonstrate that the public politics of the Minas Gerais State turned to the vacant lands regularization is inappropriate, in comparison to the national politics of nowadays, considering the possession as an instrument that ensures the right to housing. The article's systematic consists in verify which relevance is given to the possession on legal regularization by studying the Minas Gerais' law, bringing up the opposite arguments to the possession valorization, demonstrating the possession's social function benefits in order to guarantee the democratic access to the human right to housing.

KEYWORDS: Possession; Land regularization; Vacant lands; Right to housing.

1 | INTRODUÇÃO

A regularização fundiária plena abrange a

regularização jurídica (dominial), urbanística e ambiental das áreas situadas tanto na zona rural como na zona urbana. Assim, em breves palavras, os lotes, os sítios e as fazendas devem estar adequados à legislação federal, estadual e municipal, dotados da infraestrutura necessária à vida digna e do documento formal que proteja a propriedade ou a posse do titular do direito, respeitando o meio ambiente em sua volta, bem como as limitações urbanísticas. Além disso, chama-se atenção para a dimensão sócio-econômica da regularização fundiária, que deve atentar para a integração dos assentamentos informais ao conjunto da cidade, de forma sustentável.

A regularização fundiária plena, assim, está em completa consonância ao princípio da função social que todo imóvel deve cumprir, garantindo o direito à moradia digna, a subsistência do trabalhador rural, dentre outros.

Não obstante os variados instrumentos de regularização fundiária dispostos, principalmente, em leis federais, a realidade mineira demonstra que grande parte da população, principalmente nas cidades do interior, habita locais irregulares, de maneira que a informalidade tornou-se a regra, ao invés da exceção.

O presente artigo pretende chamar a atenção para a regularização fundiária de terras devolutas do Estado de Minas Gerais, no que tange a irregularidade dominial, a saber, quando o possuidor ocupa essas terras devolutas sem qualquer título formal que lhe dê garantia jurídica sobre a posse exercida.

Admite-se assim, que as terras devolutas estaduais também são alvo da irregularidade fundiária. Aliás, a dificuldade em catalogar todas as áreas devolutas existentes no âmbito estatal corrobora com essa situação. Há de se atentar, porém, para o fato de que, uma vez identificada a terra devoluta, a regularização fundiária é uma de suas principais destinações, nos termos da Lei Mineira 11020/1993.

Esse instrumento está vinculado à política urbana prevista na Constituição Mineira de 1989, que busca efetivar o direito de todos à moradia em condições dignas, bem como à política rural prevista no mesmo texto legal, que objetiva fixar o homem no campo.

Quanto à conceituação de terras devolutas sabe-se que, segundo o Código Civil de 2002, as terras devolutas estão incluídas na categoria dos bens públicos disponíveis. De modo geral, costuma-se dizer que elas tiveram sua origem na extinção do regime de concessão de capitanias, quando as terras foram devolvidas ao patrimônio da Coroa Portuguesa. Contudo, o conceito ideal vai um pouco mais além. Terras devolutas são aquelas que pertencem ao Estado pelo simples fato de que não foram desmembradas do patrimônio público por um título legítimo, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, e que não estão afetadas a um uso público.

A lei mineira, por meio do art. 2º, §1º do Decreto 34.801/1993 esclarece o que vem a ser considerado título legítimo, ressalvado que nesse rol, incluem-se ainda, as propriedades ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos:

Consideram-se títulos legítimos aqueles que, segundo a lei civil, seja apto para transferir o domínio, entendendo-se, também, como tais, os títulos de sesmarias, expedidos pelo Governo, desde que não incursos em comisso; sesmarias não confirmadas, mas revalidadas de acordo com a Lei n. 601, de 1850; as escrituras particulares de compra e venda ou doação, desde que o pagamento do 'Imposto de Siza' – Alvará de 3 de julho de 1809 – tenha sido realizado antes da publicação do Decreto n, 1318 de 1854; legitimação das posses, de acordo com as legislações de terras; bem como as terras inscritas no registro Torrens e decisões judiciais sobre terras, transitadas em julgado, com efeito constitutivo de direitos.

Com efeito, a Lei Federal n. 601, de 1850 foi a primeira lei a tratar sobre as terras devolutas em um plano sistêmico, sendo base para o instituto fundiário do Brasil até os dias atuais. Segundo ela:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Apenas em 1891, com a promulgação da segunda Constituição brasileira, que as terras devolutas foram transferidas aos Estados-membros, respeitando os limites territoriais de cada ente estatal.

Finalmente, a vigente carta magna de 1988, além de determinar a compatibilização de terras devolutas com a política agrícola e com o plano de reforma agrária, declara como bens dos Estados, as terras devolutas não pertencentes à União que, por sua vez, são aquelas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

Assim, no que tange a competência do Estado de Minas Gerais desde 1988, a regularização jurídica das terras devolutas urbanas e rurais nele localizadas passaram a ser realizadas nos moldes da Constituição Estadual Mineira e das Leis Estaduais 7373/1978 e 11020/1993.

Nesse contexto, o presente trabalho busca trazer à baila da regularização fundiária de terras devolutas mineiras a valorização do instituto da posse, como instrumento hábil a fornecer segurança jurídica e dinamicidade na efetivação da regularização, numa perspectiva de regularização fundiária plena, efetivando o direito fundamental social à moradia, em contrapartida à utilização massiva do instituto da propriedade.

Para tanto, o artigo mostra, de maneira crítica, a incidência do instituto da posse no programa de regularização fundiária de terras devolutas mineiras, abordando os argumentos contrários à utilização singular do instituto da posse em tais casos. Após, desenvolve-se o entendimento acerca da função social da posse de terras públicas e seus benefícios à regularização fundiária. Em seguida, pretende-se verificar a relação da posse com a garantia ao direito fundamental social à moradia. Ao final, a conclusão vislumbra uma evolução na política pública brasileira de modo geral, a caminho da valorização do instituto da posse, e o seu préstimo à execução da regularização fundiária de terras devolutas, como efetivação do direito à moradia.

Vale mencionar que o presente trabalho é fruto das discussões no âmbito do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas - NUJUP, grupo de pesquisa e extensão vinculado à Faculdade Mineira de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Puc Minas e da experiência da autora enquanto assistente jurídica lotada na procuradoria do Instituto de Terras de Minas Gerais em 2013. O assunto faz-se relevante neste momento político, considerando a audiência ocorrida na Assembleia de Minas Gerais em 15 de julho de 2019, reunindo os prefeitos municipais, na qual foi colocada a intenção da Secretaria de Estado e Desenvolvimento Regional em bancar todo o processo de regularização fundiária do Estado. A intenção seria adequar o atual projeto de lei 3.601/16, o qual originalmente trataria apenas das terras devolutas, para incluir os avanços da Lei Federal 13.465/2017. Espera-se que os deputados tenham a sensibilidade de incluir tais avanços, notadamente no que se refere ao instituto da posse, também ao programa de regularização das terras devolutas.

2 | QUAL A RELEVÂNCIA CONFERIDA À POSSE NA POLÍTICA DE REGULARIZAÇÃO DE TERRAS DEVOLUTAS MINEIRAS?

A posse é um instituto sempre presente na regularização fundiária de terras devolutas mineiras, haja vista que a devolutividade da terra implica, necessariamente, na propriedade estatal cujo domínio não é exercido de modo fático, o que permite que as pessoas tomem posse do local, de maneira originária ou derivada, sem saber que se trata de propriedade estatal.

Um dos motivos dessa situação é a falta de registro das terras devolutas estaduais no Cartório de Registro de Imóveis. Para se proceder a abertura de matrícula em nome do Estado de Minas Gerais, seria necessário, primeiramente, abrir um processo discriminatório, que pode ser administrativo ou judicial e, após extremar as terras devolutas das demais, arrecada-se a área e abre-se a matrícula no cartório competente.

Isso é possível, porque a propriedade das terras devolutas é do Estado-membro não em decorrência do registro, mas em decorrência de lei, mais especificamente no art. 26, IV da Constituição Federal de 1988.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a legislação infraconstitucional que trata da regularização das terras devolutas, se restringe apenas à regularização jurídica, e deve ser interpretada conforme o caput do art. 246 da Constituição Mineira de 1989, segundo o qual o Poder Público adotará instrumentos para efetivar o direito de todos à moradia, em condições dignas, mediante políticas habitacionais que considerem as peculiaridades regionais e garantam a participação da sociedade civil.

Tendo em vista que segundo a interpretação majoritária da doutrina não existe usucapião de bens públicos, essa regularização se dá por meio de processos administrativos específicos que visam legitimar a posse ou a propriedade das ocupações irregulares nas terras devolutas. A própria Constituição Estadual de Minas Gerais aponta para a legitimação por meio de outorga de título de domínio ou de concessão de uso.

O rito processual é diferenciado conforme a área devoluta se encontre em zona urbana ou rural, havendo ainda requisitos legais diferentes no que concernem as zonas urbanas e as zonas de expansão urbana. Ainda sim, esses processos guardam algumas semelhanças, como por exemplo, a posse pacífica e de boa fé como requisito imprescindível à legitimação da posse ou do domínio dos ocupantes, bem como as formas de disponibilização das terras devolutas aos possuidores.

A Lei Estadual 7373/78, que dispõe sobre a legitimação de terras devolutas do estado em zona urbana e de expansão urbana, aponta apenas uma forma de regularização jurídica, que é a legitimação de domínio, ou seja, a transferência da propriedade estatal para o ocupante. A posse, que deve ser exercida de modo contínuo e pacífico, figura apenas como um dos requisitos para essa legitimação.

Já a Lei Estadual 11020/93, regulamentada pelo Decreto 34.801/93, dispõe de maneira geral sobre as terras públicas e devolutas estaduais, com ênfase maior às terras devolutas rurais, e prevê que a regularização jurídica dar-se-á por meio da alienação ou concessão, que se procedem de quatro formas diferentes, a saber, concessão gratuita de domínio; alienação por preferência; legitimação de posse; e concessão de direito real de uso. Os dois primeiros instrumentos referem-se à legitimação de domínio, enquanto os dois últimos regularizam a posse do ocupante, mantendo, a priori, a propriedade estatal daquelas terras devolutas.

A Lei 11020/93 faz referência ainda à reserva de área devoluta, utilizada quando o caso concreto não se enquadra nos requisitos legais das formas de disponibilização acima delineadas. Contudo, esse instrumento, que efetivamente transfere apenas a posse da terra devoluta por meio de decreto do Governador, está restrito a órgãos ou entidades interessadas que desenvolvam na área atividade de interesse público previsto no Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, de maneira a restringir sua utilização no que tange a regularização fundiária.

2.1 A legitimação da posse

A origem do instituto da legitimação da posse está na Lei de terras devolutas do império brasileiro, datada de 1850, e, desde aquela época, objetivava regularizar a situação jurídica das ocupações das terras devolutas que se deram em razão da extinção das sesmarias.

Esse instrumento tipicamente brasileiro consiste na exação de ato administrativo, através do qual o Poder Público reconhece ao posseiro que exerça posse mansa, pacífica e contínua, desempenhando na terra seu trabalho ou moradia, o domínio pleno formal (STEFANINI apud MARQUES. 2012, p. 87).

Dessa forma, percebe-se que apesar do instituto ser denominado de legitimação da posse, ele consiste na realidade em uma forma de alienação da terra devoluta (MATOS NETO, 1988, p. 88).

Isso ocorre porque, segundo a lei mineira, ao possuidor que preencha determinados requisitos legais, é concedida uma licença de ocupação, um documento provisório que representa um título de posse válido por um prazo determinado de no mínimo quatro anos, findo o qual o ocupante terá preferência para aquisição da propriedade da área. Ademais, essa licença é intransferível inter-vivos, inegociável e impenhorável, com o intuito de, mais do que proteger, manter o beneficiário na posse da terra, antes de conferir-lhe a propriedade.

Um ponto interessante é o direito conferido por lei ao beneficiário com licença de ocupação de obter crédito rural. Contudo, como a propriedade continua pertencendo ao estado, e a posse conferida temporariamente é inegociável, é improvável que as instituições financeiras aceitem o imóvel como garantia hipotecária ou suas criações como garantia pignoratícia (MATOS NETO, 1988, p. 90).

Percebe-se assim, que a política mineira utiliza do instituto da posse apenas como requisito para aquisição do domínio da terra.

2.2 A concessão de direito real de uso

De maneira geral, a concessão de direito real de uso, como o próprio nome sugere, gera direito real oponível a terceiros e possibilita a utilização de bens públicos pelo particular, por tempo certo ou indeterminado. O ato de outorga desse instrumento estabelece uma destinação específica de interesse social, a fim de assegurar a função social do imóvel, e admite transferência *inter-vivos* ou *causa-mortis*.

Já a concessão de direito real de uso de que trata a lei mineira tem caráter mais restritivo, pois é fornecida por tempo certo de até 10 anos, em sede de direito nominal e intransferível, exceto *causa-mortis*. Durante esse período, o concessionário pode fruir plenamente do terreno para fins específicos de uso e cultivo da terra, estabelecidos no instrumento de concessão, respondendo por encargos civis, administrativos e tributários que incidirem sobre o imóvel.

Decorrido o prazo e comprovadas as condições estabelecidas no instrumento de concessão, ao concessionário será outorgado título de propriedade após o pagamento do valor da terra, acrescido dos emolumentos.

Assim, esse instrumento típico de garantia da posse é transformado em requisito para aquisição de domínio da terra devoluta mineira.

3 | OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À VALORIZAÇÃO DO INSTITUTO DA POSSE

Como verificado no capítulo anterior, a legislação mineira, não obstante contemplar instrumentos relativos à posse na regularização jurídica das terras devolutas, tende a valorizar a propriedade ao conferir provisoriedade aos títulos de posse, como se a posse não fosse segura o suficiente para garantir a permanência do possuidor no local.

A ideologia dessa política advém do estigma de que *só é dono quem registra*, já que a propriedade e outros direitos reais referentes a bens imóveis só são oponíveis erga omnes quando o título que lhes deu origem é registrado no cartório competente.

Ademais, o procedimento de regularização fundiária concretiza seus objetivos quando os títulos concedidos aos beneficiários do programa são registrados. Sem o registro, os beneficiários não podem provar que detém o direito real de uso ou a propriedade do imóvel que ocupam. Portanto, para que tivesse segurança jurídica, a posse também teria que ser registrada, tal qual a propriedade, de maneira que seria irracional despendar o mesmo trabalho para conseguir apenas a posse da área.

Os adeptos dessa corrente antiga de pensamento acreditam que a garantia da posse funciona como um paliativo até que se transfira a propriedade, que dá acesso ao crédito bancário, sana conflitos, possibilita o reconhecimento de direitos sociopolíticos e evita o risco de expulsão pela ação do mercado imobiliário, por mudanças políticas que quebrem o pacto sociopolítico gerador da percepção de segurança de posse, ou pela pressão do crime organizado (FERNANDES, 2019, p. 23).

Segundo esse entendimento, já que a regularização fundiária corresponde à filosofia de fixação do homem à terra, o título de propriedade tem grande significado para o posseiro nos aspectos jurídico, econômico, social e político. A propriedade gera ao seu titular segurança jurídica, melhoria de vida, status de proprietário, maior consumo, nova disposição para o trabalho e maior produtividade, gerando maior lucro para a economia do país (MATOS NETO, 1988, p. 92).

Entretanto, ao estudar leis federais como o Estatuto da Cidade e a Lei 11977/09, em parte substituída pela Lei 13.465/2017, à luz da Constituição Federal de 1988, é notável a exponencial valorização da posse como garantidora do direito à moradia, de maneira que o pensamento que centraliza a propriedade como única solução para a regularização fundiária mostra-se equivocado, e inadequado às necessidades dinâmicas e variadas dos casos concretos.

A referida legislação federal prevê além da legitimação da posse que posteriormente se torna passível de conversão em propriedade, outros instrumentos de regularização fundiária que privilegiam a posse com segurança, como a concessão de uso especial para fins de moradia individual ou coletiva e a concessão do direito real de uso.

Outro ponto de discussão seria que com a valorização da posse pela legislação, abandona-se a ideia de universalidade para criar instrumentos diversos a serem utilizados de forma diferente por pessoas de status econômico e social diferentes. Ou seja, na realidade, permanece a desigualdade na medida que aqueles cidadãos que têm sua moradia baseada em posse serão os econômica e socialmente vulneráveis e seu terreno terá, invariavelmente, um valor econômico menor (MASSONETTO, 2019).

Vale ponderar que esse raciocínio não desabona a potencialidade da posse que o presente trabalho defende, mas corrobora com a ideia do mal uso desse instrumento a partir de uma positivação descuidada no ponto de vista de inclusão social e que acaba por manter o status quo ao invés de transformá-lo, ou que propõe uma transformação meramente simbólica.

Há, portanto, um relevante caminho a ser percorrer para real troca de paradigma, a fim de que a posse seja de fato valorizada não só por todo o ordenamento jurídico de forma coesa e coerente, mas também pelo mercado.

4 | A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA REGULARIZAÇÃO DAS TERRAS DEVOLUTAS

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o que se pretende com a função social é “erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, nas quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 715).

A partir dessa conceituação, a doutrina majoritária entende que o aspecto social já está insito aos bens públicos, de modo que somente por serem propriedade de pessoas jurídicas de direito público tais bens já teriam cumprido implicitamente os requisitos de atendimento à função social da propriedade.

Entretanto, esse entendimento não guarda razão. Afinal, as terras devolutas são de propriedade pública, e não recebem qualquer afetação formal. Se não fossem os possuidores ocupando a área para sua moradia ou seu sustento, as mesmas restariam completamente abandonadas, o que, certamente, contraria o princípio da função social.

Aliás, percebe-se que é a posse a verdadeira concretizadora desse princípio, por ser ela a expressão fática da propriedade. Na realidade, a tendência atual é direcionar o papel e a missão do instituto da posse perante a coletividade, buscando solidariedade e bem comum.

Neste contexto, não há porque restringir à função social apenas à propriedade, mas também a qualquer direito subjetivo, especialmente por ser fato social de extrema importante para a construção da dignidade da pessoa humana, suprindo as necessidades básicas do homem (PIRES, 2011, p. 11766).

E ainda, ao escrever sobre a concessão do direito real de uso como instrumento de regularização fundiária, Betânia Alfonsin (2002, p. 160) retrata as consequências do abandono de imóveis urbanos pelos poderes públicos responsáveis pela sua utilização, demonstrando que a propriedade pública, quando não cumpre função social, reveste-se de óbice à concretização do direito fundamental de moradia digna e regularizada.

Na verdade, ao proceder à regularização fundiária das terras devolutas, o Poder Público está promovendo a função social da posse, pois permite, de maneira legítima, que os possuidores ali morem, trabalhem, produzam.

Com efeito, a posse é o instituto que permite a utilização fática do imóvel, gerando os benefícios da função social, não a propriedade.

Logo, a regularização fundiária não deve ser reduzida à propriedade. A posse constitui instrumento dinâmico e eficaz, possuindo tanta segurança quanto a propriedade quando proveniente de título legítimo. Isso porque, a propriedade não mais possui o caráter absoluto e exclusivo de outrora, sendo inclusive, derrubada pela posse nas ações de usucapião.

As políticas de regularização fundiária nascem como um imperativo ético e jurídico do princípio da dignidade humana e devem compreender a dimensão da regularização jurídica, com a promoção da segurança da posse, a fim de que os possuidores possam usufruir plenamente seus direitos sem o risco da remoção involuntária.

Nesse íterim, destaca-se que, apesar da propriedade manter-se com o Estado, o mesmo não está autorizado a suprimir a posse do beneficiário por uma simples mudança de postura política, ou ainda, baseado na pura e simples supremacia do interesse público sobre o privado.

Na realidade, a doutrina administrativista já vislumbra ponderações acerca desse princípio que não pode ser havido como postulado explicativo de todas as ações do Poder Público, sendo descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados (ÁVILA, 1999, p. 126-127). De fato, o termo *supremacia do interesse público* seria melhor substituído pela expressão *interesse coletivo em equilíbrio com o interesse particular*, e esse equilíbrio atua como garantia tanto para os possuidores quanto para os proprietários.

A valorização do instituto da posse trás os seguintes efeitos benéficos ao bem comum:

- a) ao se colocar a dignidade da pessoa humana no plano civil-constitucional, é possível servir-se da posse para programas de acesso à moradia digna e de erradicação da pobreza; b) a posse passa a ser vista também como instrumento de afirmação da cidadania e não apenas como meio de defesa; c) nova percepção

de “melhor posse” para aquela que cumprir função social, independentemente da forma do título do apossamento; d) arrefecimento das práticas de grilagem junto aos cartórios brasileiros, pois entre o título e a função social que se der ao imóvel, prevalecerá o último; e) vedação total de que se discuta o direito de propriedade em demandas que tenham como causa de pedir a posse (ALBUQUERQUE APUD MELO, 2008).

Assim, a transferência de propriedade é rígida e burocrática enquanto a transferência da posse pode ser mais vantajosa, porque oferece uma gama maior de instrumentos a melhor se adequar ao caso concreto. Vê-se, então, que a posse investida de função social, oferece real serventia para a regularização fundiária das terras devolutas.

5 | A POSSE COMO INSTRUMENTO QUE EFETIVA A MORADIA DIGNA

O direito à moradia digna é um direito social complexo e multifacetado e significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de ter uma habitação; e, por outro lado, significa ter o direito a uma habitação, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23 IX da CF/88 (SILVA, 2010, p. 376).

O artigo 6º da Constituição da República apresenta o rol dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais está elencado o direito à moradia, resultado de alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000. E ainda que assim não fosse, o direito à moradia estaria reconhecido em razão de interpretação vinculada aos demais direitos humanos previstos na Carta de 88, ou ainda, em razão das declarações, convenções e tratados internacionais do qual o Brasil é signatário.

De modo geral, o direito à moradia impõe ao Estado a adoção de medidas que possibilitem seu exercício aos cidadãos, a partir de uma ordem urbanística expressiva de interesses coletivos e necessidades sócio-ambientais.

Ampliar e aprimorar a ordem jurídico-urbanística nesse sentido significa contribuir para a promoção da justiça social, que é condição para o avanço da democracia no país (FERNANDES, 2006, p. 23).

A Constituição Federal de 1988, de acordo com Afonso da Silva (2010, p. 377), em seus artigos 21, XX e 23, IX, impôs ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a competência-dever de satisfazer o direito-necessidade à moradia. À União cabe instituir diretrizes para a habitação, e a todos os entes federados cabe, como competência comum, promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e saneamento básico. A contrapartida dessa competência é precisamente o direito de todos à moradia, incumbindo assim, às entidades do Poder Público promover tais providências para a satisfação desse direito em relação à população que, por deficiência econômica, não pode provê-lo por seus próprios meios.

Assim, no que concerne ao Estado, é inquestionável o fato de que a sua responsabilidade maior, a respeito do direito de acesso à moradia adequada como direito fundamental, está na sua histórica inadimplência para com o princípio da eficiência previsto no art. 37 da CF/88. Esse princípio não se traduz em uma obrigação de meio, mas de resultados a serem atingidos em um Estado Democrático de Direito (ALFONSIN, 2006, p. 172).

A partir dessa realidade de déficit habitacional várias normas urbanísticas, ambientais e fundiárias foram editadas, tendo como marco histórico o Estatuto da Cidade na tentativa de minimizar os efeitos da desigualdade na ocupação do solo por meio da majoração da segurança da posse.

O citado diploma legal prevê um planejamento urbano que eleva o direito à posse, no sentido de garantir o acesso democrático à moradia digna. Esse fato conflui para o entendimento de que a posse permite de modo eficaz “o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia” (BEZERRA DE MELO apud MIRANDA FILHO, 2010, p. 34).

O artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, certamente pretendeu colocá-la como máxima do conjunto legislativo, donde se conclui que os institutos legais, todos eles, devem perseguir tal objetivo. Sendo assim, a posse não poderia ficar subjugada ao exercício do direito de propriedade, especialmente quando considerada como forma de acesso à bens essenciais e ao próprio direito de moradia previsto no artigo 6.º da Constituição Federal (PIRES, 2011, p. 11768).

Aliás, é “notório que os casos de propriedades registradas e tituladas são muito inferiores ao real território, havendo inúmeras situações onde a posse é transferida a terceiros por meio de documentos particulares efetuados à margem dos cartórios” (CASTRO, 2010, p. 75).

Isso comprova que, em relação à propriedade, a posse tem uma influência prática muito maior na questão da moradia digna e acessibilidade a todos os indivíduos, seja na cidade ou no campo.

Assim, a função social da posse constitui-se de um resultado das demandas sociais que clama pelo acesso a terra para dela fazer proveito em prol da moradia ou do cultivo, satisfazendo necessidades básicas para a manutenção do mínimo existencial garantidos do conceito de cidadania e dignidade da pessoa humana (PIRES, 2011, p. 11768).

A posse decorre da própria natureza humana e é a solução para garantir a paz social através da redução da desigualdade e da justiça distributiva. É a ocupação real, de fato da propriedade por esforço próprio do indivíduo que é capaz de extrair daí os frutos para si e para a sociedade (PIRES, 2011, p. 11769).

“O possuidor busca o acesso aos bens mínimos que garantam a sua satisfação, necessária a lhe qualificar como ser humano digno. Nestes casos, não é o proprietário

que dá ao bem a conformidade com a função social, mas sim um possessor” (PIRES, 2011, p. 11768). Isso demonstra que para efetivar o disposto no art. 5º, XXIII, da CF/88, é necessário garantir a valorização e segurança da posse de maneira coesa e coerente em todo o ordenamento jurídico, a fim de descaracterizar qualquer subvalorização com relação ao título de propriedade.

6 | CONCLUSÃO

Apesar dos vários instrumentos previstos em leis federais, a posse é um instrumento claramente subutilizado pelo Estado de Minas Gerais na promoção da regularização jurídica das terras devolutas, sempre fazendo papel de requisito para a conquista da propriedade.

É certo que a propriedade não deixou de ser o cerne do ordenamento jurídico brasileiro, mas a posse vem ganhando cada vez mais destaque e proteção, porque se reconhece que a posse é o instituto efetivador da função social dos bens imóveis, funcionando como instrumento dinâmico de garantia do direito fundamental social à moradia digna. Importante, portanto, igualar a relevância jurídica desses dois institutos por meio legislações federais, estaduais e municipais integradas.

Diante da assustadora realidade de irregularidade fundiária que implica nos graves índices de déficit habitacional brasileiros, percebe-se que os programas de regularização baseados na legalização através de títulos de propriedade não têm sido bem sucedidos.

A partir disso, muitas normas federais de cunho urbanístico, ambiental e fundiário foram editadas na tentativa de remediar essa situação por meio da majoração da segurança da posse, tendo como marco histórico o Estatuto da Cidade. Assim, a valorização da posse é um preceito que coaduna com a política nacional atual, na condição de norma geral dentro da competência concorrente a que alude a Constituição Federal de 1988.

Com efeito, instrumentos jurídicos e urbanísticos que reconheçam a diversidade das formas de uso e ocupação do solo, e que protejam o possuidor contra o deslocamento forçado irão garantir a posse segura e, conseqüentemente, o direito à moradia.

Contudo, vale ponderar, que o uso da posse em hipótese alguma deve significar discriminação. A legislação deve ser cuidadosa para que realmente valorize a posse, inclusive mercadologicamente, evitando que seja esse um título subvalorizado próprio das pessoas em vulnerabilidade econômica e social.

A forte tendência dos mineiros em utilizar o instituto da propriedade na regularização fundiária não se baseia nessa ponderação, mas antes, é consequência da antiga mentalidade de planejar de forma setorial, como se a transferência da propriedade, por si só, fosse consectário lógico da moradia digna.

A legislação mineira que trata do assunto data de 1978 e 1993 sendo nítida a necessidade de revisão. O atual projeto de lei 3601/2016 ainda tem muito caminho a percorrer, não apenas para se adequar à legislação federal, mas para ultrapassá-la em termos da qualidade no tratamento da posse como instrumento jurídico efetivador da função social do imóvel, a fim de realmente valorizá-lo a partir da ideia de que a mera propriedade não significa moradia digna.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da posse pública. In OSÖRIO, Letícia Marques (Org.) **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 157-172.

ALFONSÍN, Jacques. Távora. Do "diga que eu não estou" à relação entre pobreza e função social da terra no Brasil. In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN Betânia (Org). **Direito Urbanístico: Estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Volume único. p. 165-191.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular in **O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL, **Lei 601/1850**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm> Acesso em 16 jul 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011.

CASTRO, Áurea Lúcia Chaves. A função social da posse: breve estudo sobre a função social da posse e as conseqüências em razão do seu uso nocivo e do abuso de direito. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (Coord). **Estudos Avançados da Posse e dos Direitos Reais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 61-86.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio e ALFONSIN Betânia (Org). **Direito Urbanístico: Estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Volume único. p. 3-23.

FERNANDES, E. (Coord). **Regularização da Terra e Moradia: o que é e como complementar**. Disponível em < www.polis.org.br/uploads/949/949.pdf> Acesso em: 16 jul 2019.

MARQUES, Benedito. Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo, Atlas, 2012.

MASSONETTO, Luis Fernando. **Seminário sobre a Lei 13.456/17**. Coord.: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 19 dez 2017.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Legitimação de posse: dos imóveis urbanos e o direito à moradia**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

MINAS GERAIS, **Constituição Estadual 1989**. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=CON&num=1989&comp=&ano=1989>> Acesso em: 16 jul 2019.

MINAS GERAIS, **Decreto 34.801/1993**. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=34801&comp=&ano=1993>> Acesso em: 16 jul 2019.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. A função social da posse. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (Coord). **Estudos Avançados da Posse e dos Direitos Reais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.1-60.

PIRES, Cristiano Tolentino. **O aspecto simbólico da função social da posse frente às exigências legais para recebimento da indenização por desapropriação: uma crítica à discrepância entre a lei e o caso concreto**. 2011. Anais do CONPEDI.

SILVA, José. Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA DISCIPLINAR

Ronaldo David Viana Barbosa

Universidade Federal de Santa Catarina
Florianópolis – Santa Catarina

Reinaldo Denis Viana Barbosa

Universidade Federal de Santa Catarina
Florianópolis – Santa Catarina

RESUMO: O presente artigo trata da prescrição no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar. Para tanto, apresenta-se o tratamento dado à matéria pela Lei 8.112/90, destacando-se a problemática em torno do marco inicial para a contagem do prazo prescricional e da referência à utilização dos prazos prescricionais definidos pela lei penal. O problema da pesquisa consiste em identificar se a interpretação da CGU no sentido de que a contagem do prazo prescricional deve iniciar da ciência da autoridade competente para instauração do PAD conforma-se ao Estado de Direito. Utilizando-se método hermenêutico, verifica-se a hipótese inicialmente levantada que dá resposta negativa ao problema.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 8.112/90. Processo Disciplinar. Pretensão Punitiva do Estado. Prescrição. Segurança Jurídica.

PRESCRIPTION IN DISCIPLINARY MATTER

ABSTRACT: This article deals with the

prescription in the scope of the Disciplinary Administrative Procedure. For this purpose, the treatment given to the subject by the Law 8.112 / 90 is presented, highlighting the problematic around the initial framework for counting the prescriptive period and referring to the use of the prescriptive periods defined by the criminal law. The research problem is identify if the interpretation of the CGU, in the sense that the counting of the prescriptive period should begin from the science of the competent authority to establish the PAD, conforms to the rule of law. Using an hermeneutical method, it is verified the hypothesis initially raised, that gives a negative answer to the problem.

KEYWORDS: Law 8.112 / 90. Disciplinary Procedure. Punitive Pretension of the State. Prescription. Legal Security.

1 | INTRODUÇÃO

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é a ferramenta pela qual o Estado, em decorrência do poder hierárquico e disciplinar, propõe-se a corrigir atos de seus servidores. Considerando não ser desejável que o servidor conviva eternamente com a expectativa de instauração e/ou continuidade do PAD, a Lei 8.112/90 estabelece prazos máximos para o desfecho da apuração. A essa *deadline* dá-se o

nome de prescrição. Embora os prazos sejam claros (pelo menos até fazer referência aos prazos da prescrição em matéria penal), ainda há considerável espaço para reflexões no que se refere ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional, uma vez que o legislador limitou-se a definir como início da contagem “a data em que o fato se tornou conhecido”, sem especificar *por quem*.

Uma vez existente esta lacuna, o Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, a Controladoria Geral da União (CGU), tem manifestado entendimento no sentido de que o marco inicial é a ciência da autoridade competente para a instauração do processo disciplinar (CGU, 2017). A partir disso formulou-se o seguinte problema de pesquisa: a interpretação da CGU no sentido de que o marco inicial da contagem do prazo prescricional no Processo Administrativo Disciplinar é a ciência pela autoridade competente para instauração está de acordo com o que preceitua o Estado de Direito? Para responder adequadamente à pergunta formulada foi necessário estabelecer os seguintes objetivos: compreender o tratamento legal e doutrinário da prescrição no âmbito do processo disciplinar; apresentar as penalidades previstas na Lei 8.112/90 e os respectivos prazos prescricionais; e identificar as bases da prescrição em matéria penal.

A partir da compreensão da matéria pelo atingimento dos objetivos estipulados, sugere-se leitura extensiva do §3º do artigo 142 da Lei 8.112/90, no sentido de que na verificação dos prazos prescricionais de infrações disciplinares também definidas como crime sejam consideradas as majorantes e minorantes obrigatórias, bem como a redução do prazo à metade motivada pela idade do agente no momento da prática do ato (se menor de 21 anos) ou no momento da sentença (se maior de 70 anos).

Finalmente, como resposta à pergunta formulada, sustenta-se que a interpretação dada pela CGU não é a mais adequada se considerados os pressupostos do Estado de Direito, tais como segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade das relações, motivo pelo qual a hipótese que nega a pergunta é confirmada, sugerindo seja a interpretação no sentido de que o marco inicial da contagem do prazo prescricional deva ser qualquer agente do Estado, precisamente servidor público ou agente que conte com a investidura de confiança por parte da Administração Pública. Registre-se, aliás, a recentíssima publicação da súmula 635 do STJ, que desejou pacificar a questão consignando o marco inicial da contagem do prazo prescricional a ciência da autoridade competente para a instauração, como já defendido pela CGU, embora pecando no aspecto técnico, como se verá adiante.

Desta forma, o presente artigo objetivou apresentar uma interpretação mais harmoniosa com o Estado de Direito do que a ofertada pela Corregedoria-Geral da União (CGU) e pelo STJ na súmula 635, especificamente em relação à contagem do prazo prescricional no âmbito disciplinar, incluindo os aspectos relacionados à aplicação da prescrição penal, de modo que se favoreça a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade das relações jurídicas e que seja compatível com o império da lei em um Estado Democrático de Direito.

Dada a necessidade de exercitar a interpretação de dispositivos legais, utilizou-se o método hermenêutico. A pesquisa, que é pura, abordou o problema qualitativamente de forma descritiva, utilizando os procedimentos técnicos bibliográfico e documental.

2 I AS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI 8.112/90 E A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

Os servidores públicos estão sujeitos ao cometimento de irregularidades. Quando a Administração Pública, após um processo em que sejam garantidos o contraditório e ampla defesa, constata o cometimento de desvio de conduta expressamente tipificado, abusando da redundância, tem o dever de aplicar uma sanção, que é a consequência danosa que o legislador atribuiu a quem viola a lei. (COSTA, 2007, p. 221).

São três os tipos de penalidade apresentados pela Lei 8.112/90¹: i) advertência; ii) suspensão; e iii) as penas expulsivas, a saber, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e ainda a destituição de cargo em comissão. Para cada uma destas três situações a Lei estabelece um prazo determinado como lapso temporal para ocorrência da prescrição.

Importa, antes, dizer uma obviedade: na seara do direito disciplinar não há que se falar em penalidades que resultem em condenações pecuniárias ou privações compulsórias de sua remuneração ou de seus bens, posto que o ingresso na vida patrimonial do indivíduo se dá, em regra, sob as diretrizes do Direito Civil; e igualmente não há que se falar em privação de liberdade, medidas alternativas compulsórias etc., uma vez que tais medidas dizem respeito ao Direito Penal.

No Direito Administrativo, notadamente o disciplinar, as consequências pela prática de ilícitos administrativos são, como anteriormente afirmado, a advertência, a suspensão e aquelas expulsivas, nos termos do artigo 127 da Lei n. 8.112/90, destacando-se, todavia, a possibilidade de aplicação de sanções cumulativamente nas searas civis, penais e administrativas, conforme artigo 125 do mesmo dispositivo legal.

No caso da advertência, a Lei estabeleceu que “a ação disciplinar prescreverá” em 180 (cento e oitenta) dias. Para as situações de suspensão o prazo prescricional é de 2 (dois) anos. E para as situações de penalidades expulsivas esse prazo é de 5 (cinco) anos. Esses prazos prescricionais são fixados no artigo 142 da Lei n. 8.112/90.

Nos termos artigo 142, § 1º, “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. Mas conhecido por quem? Por qualquer um do povo? Por qualquer um da Administração Pública? Por qualquer servidor público?

¹ O art. 127 da lei 8.112/90 assenta que o servidor público está passível de sofrer as seguintes penalidades: I – advertência, II – suspensão, III – demissão, IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade, V – destituição de cargo em comissão e VI – destituição de função comissionada.

Por qualquer servidor Público da Instituição envolvida? Ou conhecido pela Autoridade competente para instaurar o processo disciplinar?

Veja-se que, aparentemente, não há que se falar em início de contagem do prazo prescrição em relação a ilícito efetivamente praticado mas que não tenha sido do conhecimento por parte da Administração, uma vez que o prazo tem sua contagem a partir do seu conhecimento.

A lei 8.112/90 foi completamente silente em estabelecer, afinal, a partir da *ciência de quem* o prazo prescricional teria sua contagem iniciada. Dado esse vácuo, o Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal tem manifestado entendimento no sentido de que esse prazo tem início apenas após a ciência da autoridade competente para a instauração do processo disciplinar, embora a Lei nada tenha dito em relação a isso (CGU, 2017).

A favor daqueles que entendem que apenas a ciência do ilícito pela autoridade competente para instaurar o respectivo procedimento disciplinar é suficiente para deflagrar o início da contagem do prazo prescricional está a preocupação de que o entendimento em sentido diverso concorra para uma menor eficácia do poder disciplinar. Ainda, não faria sentido a fixação de uma espécie de “sanção” à inércia da autoridade administrativa, posto que outro comportamento não poderia ser validamente esperado, vez que sequer tinha conhecimento da ocorrência do ilícito.

O STJ sumulou entendimento acerca dessa situação nos seguintes moldes, por ocasião da novíssima súmula 635:

Os prazos prescricionais previstos no artigo 142 da Lei 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção.

Equivocou-se, todavia, o STJ ao estabelecer que o prazo prescricional deve voltar a correr após 140 (cento e quarenta) dias. Em verdade voltará nesse período se estivermos tratando da instauração de um PAD sob o rito ordinário. Diferentemente será se for o caso de instauração de PAD rito sumário ou de sindicância acusatória, cujos prazos serão, respectivamente, de 50 (cinquenta) e 80 (oitenta) dias.

Esse entendimento, ademais, é capaz de produzir uma situação na qual uma irregularidade praticada há décadas pudesse chegar ao conhecimento da autoridade competente apenas nos dias atuais e então pudesse ser suficiente para a deflagração de um procedimento disciplinar, em desarmonia à segurança jurídica e estabilização das relações sociais, especialmente no ambiente de trabalho, frustrando, inclusive, *a priori*, o aspecto pedagógico inserido no agir disciplinar.

A segunda linha de entendimento, a saber, aquela que fixa a compreensão no sentido de que o prazo prescricional deve ser iniciado a partir do momento em que qualquer agente do Estado, precisamente servidor público ou agente que conte com a

investidura de confiança por parte da Administração Pública, toma ciência da conduta tida como ilícita parece ser a mais adequada.

Observemos que consta como dever do servidor, conforme inciso VI do artigo 116 da Lei 8.112/90, “levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração” (BRASIL, 1990). A consequência para aquele que deliberadamente, por indulgência, deixa de responsabilizar subordinado que tenha cometido alguma infração no exercício do cargo ou, não possuindo competência para tal, não leva o fato ao conhecimento da autoridade competente, é a invocação do direito penal, vez que comete, em tese, condescendência criminosa, tipificada no art. 320 do Código Penal (CP).

Portanto, tendo sido consumada a prescrição por ação ou omissão deliberada de agente público, representante do Estado, não é o servidor acusado quem deva ser penalizado, mas, sim, aquele que deu causa. Nesse sentido, parece-nos acertado o entendimento que extrai do artigo 142, § 1º, da Lei n. 8.112/90, a compreensão que aponta o início da contagem do prazo prescricional para o conhecimento por parte de servidor público ou agente público que conte com a investidura de confiança por parte da Administração Pública, e não somente conhecimento por parte da autoridade competente para a apuração ou instauração do processo disciplinar.

A advertência é a mais branda das penalidades a ser aplicada a um servidor público e será invocada nos casos de violação ao artigo 117, incisos I a VII e XIX, da Lei 8.112/90, ou nos casos de inobservância de dever funcional, regulamento, norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave, conforme orientação indicada no artigo 129 do mesmo diploma legal. A subsunção aos incisos do artigo 116 (Deveres) da Lei 8.112/90 igualmente guarda vinculação à penalidade de advertência.

A penalidade de advertência consiste no registro escrito no assento funcional do servidor. Por essa penalidade a Administração comunica ao servidor que ele cometeu ilícito administrativo de natureza leve, e com essa comunicação há uma incitação a que não volte a atuar de modo reprovável, sob pena de padecer sanções mais severas. Marçal Justen Filho (2008, p. 814) defende que “pode haver efeitos acessórios da advertência, tal como a redução da avaliação positiva para fins de promoção por merecimento”.

A suspensão será aplicada nos casos de reincidência das faltas punidas com advertência ou quando da violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita à penalidade de demissão, tendo como limite o prazo de 90 (noventa) dias, e “pode ser definida como o afastamento temporário compulsório, imposto ao servidor público como punição por ato reprovável funcional” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 814). Não se deve confundir com aplicação da penalidade de suspensão a medida cautelar referente ao afastamento preventivo do servidor acusado, medida esta prevista no artigo 147 da Lei n. 8.112/90, que embora não seja penalidade, deve ser tratada como

medida última e extrema e de aplicação excepcional, devidamente fundamentada.

Na suspensão há um efeito ou consequência patrimonial, especialmente em relação à remuneração ou subsídio do servidor. Marçal Justen Filho (2008, p. 815) ensina que “O silêncio da Lei n. 8.112/90 e a previsão de que suspensão comporta conversão em multa na base de 50% por dia de vencimento (ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço) conduzem à conclusão de que a suspensão não elimina o direito à remuneração”. Contudo, o renomado doutrinador parece ter incorrido em raro equívoco. A suspensão ocasiona a perda da remuneração ou subsídio correspondente; ou do contrário não seria penalidade, mas espécie de “férias” remuneradas e verdadeiro prêmio pela conduta ilícita. A possibilidade de conversão em multa na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração quer dizer que o servidor sofrendo a suspensão nada receberia, e trabalhando, no lugar de receber 100% do valor devido receberá apenas a metade (50%).

Avançando, o artigo 132 da Lei n. 8.112/90 trata da demissão, embora queira estabelecer as situações passíveis de aplicação das penalidades expulsivas, que implicam na extinção do vínculo entre o servidor e a Administração.

Ao analisar a prescrição no Executivo Federal é possível notar que a previsibilidade desejável em questões de direito é mitigada, especialmente em relação à interpretação dada pela CGU e agora mais recentemente pelo STJ em entendimento sumulado. Mas, seguimos firmes no sentir de que o mais adequado e alinhado ao Estado de Direito seria uma interpretação no sentido de que o fato ao ser conhecido pela Administração, independentemente se por meio de autoridade com competência ou não para instaurar processo disciplinar, ensejaria o início da contagem do prazo prescricional.

Em um Estado Democrático de Direito, em que vige o império da lei, há de se fazer um alerta às interpretações e ações que pretendem dizer o que a Lei seguramente não disse, com implicação em prejuízo aos indivíduos, especialmente em processos sancionadores. Essa discussão tem um forte impacto na relação entre direito administrativo e penal.

3 | PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR E DIREITO PENAL

O tipo penal cria para o Estado o direito de punir em abstrato. A partir da escolha dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados, a legislação sinaliza à sociedade a obrigação de abstração de determinados comportamentos sob a ameaça de imposição de uma pena. Essa diretriz de comportamento, que é ainda abstrata, passa a ganhar forma com a violação da norma penal incriminadora. Deste modo, o que era um direito do Estado de exigir a abstenção da prática criminosa, passa a ser um dever de impor ao desviante a pena prevista no preceito secundário da norma.

Assim nasce o *jus puniendi* estatal, representado pelo poder-dever de punir

o sujeito transgressor da norma penal. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, este direito de punir concreto converte-se em *jus executionis*, significando o dever de executar a sanção imposta pelo Juiz na sentença. Em ambos os momentos de manifestação do Estado não pode o acusado/condenado aguardar *ad aeternum* pelo provimento estatal para aplicar-lhe a consequência da imputação feita.

São diversas as razões que podem levar à necessidade de reconhecimento da prescrição no ordenamento jurídico penal. Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 1026) chama a atenção para as seguintes: i) o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato; ii) o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso; iii) o Estado deve arcar com a sua inércia e; iv) o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório.

De todo modo, cometido um crime, inicia-se um *duelo* entre o poder punitivo estatal e o direito de liberdade do transgressor. Este primeiro *conflito* é deflagrado pela prática do ilícito penal e perdura até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tem-se, assim, conforme ressaltado alhures, a configuração do *jus puniendi*, o qual, somente com o trânsito em julgado da sentença condenatória, dá lugar ao *jus executionis*, ressalvado o recente entendimento do STF que flexibilizou o assunto. A compreensão dos limites de cada manifestação do poder punitivo estatal é fundamental para a compreensão da prescrição em matéria penal, dado que a primeira manifestação resulta na prescrição da pretensão punitiva, enquanto a segunda na prescrição da pretensão executória.

A primeira importância da delimitação está nas consequências do reconhecimento da prescrição em cada momento processual: se até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o reconhecimento da prescrição (da pretensão punitiva) resulta na eliminação de todos os efeitos do crime. Equivale à abstração de considerar que ele nunca foi cometido. Na prescrição da pretensão executória, a extinção da punibilidade impede somente a execução da pena. Sendo assim, é possível que haja punição administrativa mesmo quando reconhecida a prescrição da pretensão executória no Juízo penal.

Nesta modalidade de prescrição há uma sensível diferença em relação ao tratamento da matéria pelo Direito Administrativo: o termo inicial da contagem da prescrição, conforme artigo 111 do CP, é a data da consumação do fato ou a data em que cessou a atividade criminosa, diferentemente do que preceitua o §1º do artigo 142 da Lei 8.112/90. Desta forma, é possível que um mesmo fato que tenha repercutido tanto na esfera penal quanto administrativa seja alcançado pela prescrição naquela e não nesta instância.

Esta prescrição - da pretensão punitiva - pode ainda ser abstrata, retroativa ou intercorrente. Destacando-se o que é relevante para o problema desta pesquisa, a prescrição da pretensão punitiva abstrata considera a pena como prevista no preceito secundário do tipo penal (por isso abstrata). Neste ponto surge uma reflexão: no tratamento da matéria pela Lei 8.112/90, o legislador, talvez no afã de alargar os

prazos prescricionais nos casos que sejam também definidos como crime pela legislação penal, limitou-se a referenciar apenas os prazos prescricionais dos crimes. Assim, em uma primeira leitura, diante de um PAD instaurado em decorrência da prática de peculato (inciso I do art. 132 da Lei 8.112/90), a autoridade administrativa deveria olhar para a pena prevista no CP para a mesma conduta e, a partir da ciência do fato, proceder à contagem da prescrição observando os critérios do artigo 109 do CP.

Ocorre que a técnica para a identificação do prazo prescricional do artigo 109 do CP deve levar em conta, ainda, as majorantes ou minorantes obrigatórias (considerando nestas o fator que menos diminua e naquelas o que mais aumente, dada a priorização do interesse público) e a redução do prazo à metade motivada pela idade do agente no momento da prática do ato (se menor de 21 anos) ou no momento da sentença (se maior de 70 anos).

Desta forma, embora o §2º do artigo 142 da Lei 8.112/90 faça referência apenas aos prazos prescricionais da lei penal, o que pode levar a uma leitura isolada dos artigos 109 e 110 do CP, defende-se deva ser considerado no cálculo prescricional para efeito na esfera administrativo as causas de redução definidas no artigo 115 do CP (idade do agente) por ser fundamental à matéria. Ademais, sendo o Direito Penal a *ultima ratio*, não é razoável seja o reconhecimento da prescrição mais rigoroso no âmbito administrativo do que no penal.

4 | CONCLUSÃO

Vigora no Direito Brasileiro a independência entre as instâncias civil, administrativa e penal, inclusive no que se refere à prescrição. Apresentou-se a prescrição como fenômeno pelo qual a Administração Pública, não instaurando o processo disciplinar no tempo e modo adequados ou, instaurando, não o concluindo no prazo estabelecido, perde o poder-dever de disciplinar o servidor público acusado do cometimento de irregularidade administrativa, extinguindo-se a punibilidade, conforme determina o artigo 170 da lei n. 8.112/90.

No caso do Executivo Federal, esfera analisada no presente trabalho, a lei estabeleceu os prazos de 180 (cento e oitenta) dias, 2 (dois) e 5 (cinco) anos para prescrição da ação disciplinar, respectivamente, nas situações de advertência, suspensão e as penalidades expulsivas. Esse prazo diz respeito à pena administrativa em abstrato. Desse modo, a leitura dos artigos 129, 130 e 132 da lei n. 8.112/90 nos apresenta de imediato qual o prazo prescricional deve ser observado.

Assim, ainda que haja entendimento especialmente da CGU no sentido da possibilidade de majoração de uma penalidade de advertência para suspensão pela mera existência de “justificativa” apresentada pela Administração, invocando-se a parte final do art. 129 da Lei n. 8.112/90, o prazo prescricional cravado deve ser aquele fixado em abstrato, ou seja, no caso dado, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Do contrário, ficaria ao arbítrio da Administração encontrar sempre que desejasse uma majorante ou justificativa para aplicação de penalidade maior, e a partir dessa equivocada interpretação, jamais se submeteria ao prazo prescricional a penalidade mais branda prevista na legislação.

Restaram consignadas as duas possibilidades de ocorrência da prescrição: prescrição em perspectiva e a prescrição intercorrente. A primeira tendo sua ocorrência antes da instauração do processo disciplinar, e a segunda com a consumação do prazo fatal após a instauração, mas antes do julgamento e aplicação da penalidade.

Não seria razoável que o servidor estivesse sujeito a ser responsabilizado indefinidamente no tempo por suas ações. E é justamente para impedir essa situação de insegurança jurídica e instabilidade nas relações de trabalho que o instrumento da prescrição deve ser observado, sendo, aliás, matéria de ordem pública, passível de constatação a qualquer tempo.

Advém do Estado de Direito valores como a segurança jurídica, a previsibilidade, especialmente das ações coercitivas do Estado, e a estabilidade das relações jurídicas. Em atenção aos valores e à própria ideia de Estado de Direito, de império da lei, é que se defendeu a inadequação da interpretação, defendida pela CGU e sumulada pelo STJ na súmula 635, de que a contagem do prazo prescricional tem início apenas com a ciência da autoridade competente para instaurar o processo disciplinar.

Contrariamente a esse posicionamento, defendeu-se que a contagem do prazo prescricional deve ter início tão logo o fato seja do conhecimento da Administração Pública, por qualquer de seus agentes, sendo eventual inércia passível de apuração também na seara disciplinar, e até criminal, mas jamais podendo impactar na previsibilidade estabelecida em lei.

Embora tenha havido uma tentativa de aproximação das matérias administrativa e penal por parte do §2º do artigo 142 da Lei 8.112/90, o fato é que os seus regramentos são próprios. Destaca-se como exemplo desta diferenciação o marco inicial da contagem do prazo prescricional: enquanto a prescrição penal inicia-se com a consumação do fato ou cessação da atividade criminosa, no âmbito administrativo, sobretudo pela disciplina dada pela Lei 8.112/90, o marco inicial para a contagem do prazo prescricional é a data em que o fato se tornou conhecido. Sendo desta forma, é possível imaginar situações em que um mesmo fato dê ensejo à instauração de processo penal e administrativo, mas a prescrição alcance apenas um deles.

Sobre a referência feita pelo §2º do artigo 142 da Lei 8.112/90 no sentido de que os prazos prescricionais previstos na lei penal aplicam-se às medidas disciplinares também definidas como crime, propôs-se devam ser consideradas as majorantes e minorantes obrigatórias e a redução do prazo à metade motivada pela idade do agente, nos termos do artigo 115 do Código Penal. A sugestão parte da subsidiariedade do direito penal. Não sendo desta forma, corre-se o risco de ver o direito administrativo punir com maior rigor do que o processo criminal, e certamente essa não era a intenção do legislador, tampouco a medida que nos pareça mais razoável e próxima

à interpretação conforme a Constituição.

Não se descuida da máxima de que o direito administrativo e o direito penal tutelam bens jurídicos eventualmente distintos. Contudo, o que não parece razoável é que a última ferramenta de que dispõe o Estado seja menos gravosa do que as demais disponíveis. Exatamente por isso, embora o §2º do artigo 142 da Lei 8.112/90 faça referência apenas aos prazos prescricionais da lei penal, a leitura sistemática do dispositivo deve permitir a compreensão de que as majorantes e minorantes obrigatórias, bem como as causas de redução do prazo prescricional (art. 115 do CP), devem ser consideradas na importação de tais prazos feita pelo art. 142, §2º, Lei 8.112/90.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL, Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Brasília, DF, 11 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL, Lei nº 9.784. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406. **Código Civil**. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 635**. Os prazos prescricionais previstos no artigo 142 da Lei 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2019]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 14 jul 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-versao-janeiro-2017.pdf/view>. Acesso em: 2 abr. 2019.

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO, Enunciado 01. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/enunciados-e-demais-documentos-aprovados>. Acesso em: 2 abr. 2019.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DEZAN, Sandro Lucio. **Fundamentos de direito administrativo disciplinar**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2015.

DUARTE, Nestor *in* PELUZO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Manole, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Helly Lopes; ALEIXO; Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

O DIREITO REGISTRAL: ESTRUTURA DO REGISTRO DE IMÓVEL EM PROL DO MEIO AMBIENTE

Thiago de Miranda Carneiro

Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade
- Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) -
Belo Horizonte – Minas Gerais.
Mestre em Direito Privado – Fundação Mineira de
Educação e Cultura (FUMEC) – Belo Horizonte –
Minas Gerais.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a estrutura do Registro de Imóveis, visando benefícios ao Meio Ambiente, bem como a sua publicização. Analisaremos também, como são constituídos os espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs). Observa-se que o Registro de Imóveis surgiu como mecanismo para controle do Direito de Propriedade e como instrumento de segurança jurídica para o tráfego imobiliário. Por sua vez, em virtude da constante evolução do Direito Ambiental e consequente transformação do Direito de Propriedade, que passou a atender uma função social, faz-se necessário o estudo das novas características do Registro de Imóveis, mormente, a premência de sua aplicação às normas de proteção ambiental e utilização de sua estrutura para tal finalidade. Serão demonstrados aspectos referentes à Propriedade Imobiliária, ao Meio Ambiente e à publicidade registral, no intuito de averiguar a segurança jurídica no tráfego imobiliário e

o papel do registrador no fornecimento de informações sobre imóveis em atendimento à função social da propriedade e preservação do meio ambiente. Analisaremos a presença do Registro de Imóveis na tutela de espaços territoriais especialmente protegidos, bem como serão demonstrados mecanismos que visam garantir o cumprimento de sanções e obrigações ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Propriedade Imobiliária; Registro de Imóveis.

REGISTRAL LAW: STRUCTURE OF PROPERTY REGISTRATION TOWARDS THE ENVIRONMENT

ABSTRACT: This article aims to analyze the structure of the Real Estate Registry, aiming at environmental benefits, as well as its publication. We will also analyze how specially protected territorial spaces (ETEPs) are constituted. It is noted that the Real Estate Registry emerged as a mechanism for controlling property law and as a legal security instrument for real estate traffic. Due to the constant evolution of the Environmental Law and the consequent transformation of the Property Law, which now serves a social function, it is necessary to study the new characteristics of the Real Estate Registry. Especially the urgency of its application to environmental protection standards and use of its structure for such purpose. Aspects related

to real estate, the environment and publicity, will be demonstrated in order to determine legal certainty in real estate traffic and the role of the registrar in providing information on real estate in compliance with the social function of property and environmental preservation. We will analyze the presence of the Real Estate Registry in the protection of specially protected territorial spaces, as well as mechanisms to ensure compliance with environmental sanctions and obligations.

KEYWORDS: Environment; Real estate property; Real Estate Registration.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo das questões ambientais é novo na civilização pós-moderna, merecendo valorosa atenção pela sociedade devido aos interesses metaindividuais que envolvem o meio ambiente, por isso mostra-se de fundamental importância tratar do direito de propriedade e sua função social.

Durante um longo período, os seres humanos não se preocupavam com a preservação e proteção do meio ambiente em virtude de sua abundância. Entretanto, com o advento do desenvolvimento tecnocientífico e o aumento acelerado da população mundial, após a Revolução Industrial do século XVIII, começou-se a notar de forma mais acentuada graves consequências às reservas de recursos naturais decorrentes das atividades e tecnologias empregadas no processo desenvolvimentista. A partir de então, ocorreu uma progressiva preocupação com o equilíbrio ecológico.

As lamentáveis condições de vida nos grandes centros urbanos e a intensificação da utilização dos recursos naturais têm suscitado forte preocupação sobre os riscos ocasionados ao meio ambiente pela intensa pressão de uma população em constante crescimento.

Tomamos como base os aspectos apresentados na Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e da Nova Lei Florestal nº 12.651/12, e tendo em vista as questões relativas ao Direito e sua relação com as questões ambientais, faremos aqui, uma análise sobre a possibilidade de aplicar informações ambientais junto à estrutura do Registro de Imóveis no que se refere ao atendimento à função social da propriedade à publicização e a proteção do meio ambiente sendo este tópico estendido às especificidades dos espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs). Por fim, comentaremos a respeito dos mecanismos para garantia do cumprimento das sanções e das obrigações ambientais.

2 | ESTRUTURA DO REGISTRO DE IMÓVEL EM PROL DO MEIO AMBIENTE: A QUESTÃO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL E DA PUBLICIZAÇÃO

Adotamos a definição de Registro de Imóveis como “serviço público, de organização técnica e administrativa exercido por um oficial do Cartório de Registro

de Imóveis que possui fé pública para fazer consistir no assento registral permanente, os atos de aquisição e transmissão da propriedade imóvel com informações que constem todos os dados referentes à propriedade imóvel, determinando, dessa maneira, o direito de propriedade de seu titular, ou daquele que a adquire, além de assegurar a publicidade dos direitos reais perante terceiros”.

Tendo em vista que o Registro de Imóveis é serviço público e deve cumprir suas atribuições como tal órgão que é, versaremos a respeito da função socioambiental que este necessita cumprir.

A função socioambiental da propriedade foi reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 5º, XXIII, 170, VI, 182, §2º, 186, II e 225. A partir de então, o Registro de Imóveis passou a atuar com características que outrora não possuía, mantendo funcionamento para potencializar a função socioambiental, tendo em vista que o direito de propriedade deve exercido com algumas limitações. E assim ficam os proprietários ou posseiros obrigados a respeitarem as normas e regulamentos administrativos, legais e ambientais. Para Patryck de Araújo Ayala:

O princípio da função socioambiental da propriedade, “superpõe-se à autonomia privada que rege as relações econômicas, para proteger os interesses de toda a coletividade em torno de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Somente a propriedade que cumpra a sua função social, possui proteção constitucional. Por essa razão, seu descumprimento importa a imposição de uma sanção: a desapropriação. Esta é suportada pelo proprietário exatamente em razão do exercício irresponsável do direito e da gestão inadequada dos recursos naturais (AYALA, 2012, p. 300).

A nova dimensão que se criou com a transformação do exercício do direito de propriedade após a *Constituição da República Federativa do Brasil* (CRFB), ensejou a prevalência do interesse social sobre os interesses particulares do proprietário, cedendo lugar ao cumprimento de uma função social, inclusive ao se tratar de interesses sociais relacionados à proteção e preservação do meio ambiente.

Sendo assim, ao proprietário de um bem imóvel se impõe o dever de exercer o seu direito de propriedade, não apenas em seu próprio interesse, mas em benefício da coletividade. Diante desse quadro de observância da função socioambiental no exercício da propriedade, afigura-se extremamente necessária a publicização das restrições ambientais na matrícula dos imóveis envolvidos, no Registro de Imóveis competente.

Para que o interesse coletivo seja contemplado e as funções inerentes ao Registro de Imóveis cumpridas, é necessário que haja a publicização ambiental. Tal mecanismo atua na incorporação do direito de moradia, inclusive, no controle da aquisição pela usucapião administrativa, e também contribui para a manutenção de espaços territoriais especialmente protegidos.

A publicização no plano do Registro de Imóveis poderá ocorrer por dois atos

distintos: o registro ou a averbação. O registro é utilizado para os atos constitutivos, translativos ou declaratórios de direitos reais sobre imóveis. Já a averbação é ato acessório, que depende de matrícula e de registro preexistentes, e que tem por finalidade levar a conhecimento de terceiros.

[...] uma situação jurídica de fato, dando publicidade e gerando efeitos perante terceiros de uma circunstância capaz de influenciar no próprio registro, alterando-o, modificando-o, ou, até mesmo, extinguindo-o (RAYMUNDI, 2011, p. 126).

Por meio da averbação torna-se possível atender ao princípio da concentração registral, fazendo-se publicizar, na matrícula de imóveis as informações relacionadas às ocorrências ou aos atos que possam alterar, modificar, esclarecer ou extinguir determinados elementos constantes do direito real registrado. Veja-se que o Registro de Imóveis não concentra informações, mas reflete os atributos do direito de propriedade que atualmente deve respeitar contornos socioambientais. Com isso, verifica-se que a publicidade ambiental no Registro de Imóveis é medida salutar que traz várias vantagens tanto para os indivíduos como para o Poder Público e os competentes órgãos ambientais, tratando-se ainda de uma forma eficaz de prevenção dos futuros adquirentes.

3 | ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (ETEPS)

Tendo em vista o princípio da função socioambiental que a propriedade deve cumprir e a publicidade ambiental no Registro de Imóveis, versaremos agora a respeito de algumas especificidades referentes à essas questões. Os espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs) são espaços territoriais que apresentem relevância ambiental no Registro de Imóveis. Os ETEPs podem ser definidos como espaços com características socioambientais que demandam uma ação do Poder Público visando garantir sua conservação/preservação.

Há com isso, limitações do direito de propriedade, sobretudo, a intervenção na propriedade privada que é “todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público” (MEIRELLES, 1992, p. 505).

A CRFB/88, em seu art. 225, § 1º, III determina que é atribuição do poder público “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei” a fim de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

O conceito de espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs) é mais abrangente. Eis que além das propriedades particulares, também engloba as áreas

públicas e outros institutos como a servidão administrativa que impõe um ônus ao proprietário de suportar a proteção. Essa é a definição de José Afonso da Silva que conceitua os espaços territoriais especialmente protegidos como:

Áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de todas as diversidades de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais (SILVA, 2011, p. 160-161).

Os ETEPs estão distribuídos na legislação brasileira em várias modalidades, apresentando níveis diferenciados de possibilidades de uso humano. Contudo, não analisaremos todos os ETEPs nesse artigo. Analisaremos apenas os que tocam no conteúdo da propriedade imobiliária, afetando seus usos (áreas protegidas) e que conferem determinados direitos, os quais determinam o início da execução de medidas corretivas de proteção ambiental.

Podem-se materializar três categoriais fundamentais de espaços territoriais especialmente protegidos que contribuem de maneira direta para a “preservação da qualidade ambiental propícia à vida”, mas que encontram fragilidades relacionadas aos conflitos de uso e ocupação do solo e especulação imobiliária, quais sejam: as Áreas de Proteção Especial (APE), a Área de Preservação Permanente (APP) e a Reserva Legal Florestal (RLF). Comentaremos a respeito de tais espaços subsequentemente.

3.1 Áreas de Proteção Especial (APE)

Por meio das Áreas de Proteção Especial pretende-se prevenir o meio ambiente de lesões aos mananciais, ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico decorrentes da urbanização. Diante disso, as Áreas de Proteção Especial (APE) enquadram-se, inicialmente, no contexto de parcelamento de solo para o estabelecimento de loteamento. É justamente com este intuito que o art. 13, I da Lei Federal nº 6.766/1979, que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano:

Aos Estados caberá disciplinar a aprovação pelos Municípios de loteamentos e desmembramentos nas seguintes condições: I - quando localizados em áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal; (BRASIL, 1979).

Por seu turno, veja-se que o art. 3º, III da Lei nº 6.766/79, não permite o parcelamento “em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção” (BRASIL, 1979).

Tal previsão se existe para obstar o crescimento desordenado das cidades e o parcelamento desregrado do solo urbano, de modo que seja compatibilizado o desenvolvimento das cidades com a preservação do meio ambiente. Da análise desse dispositivo legal, percebe-se que o Poder Público deve dar especial atenção e cuidado

às aprovações de loteamentos e/ou desmembramentos de áreas urbanas localizadas em porções territoriais especialmente protegidas, sobretudo, aos mananciais, o patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico.

Diante disso, mostra-se de especial tratar da publicidade no Registro de Imóveis das áreas de proteção e recuperação dos mananciais e das áreas contaminadas (AC). Os mananciais de abastecimento público são fontes de água, superficiais ou subterrâneas, utilizadas para abastecimento humano, industrial, animal ou irrigação, incluindo, por exemplo, rios, lagos, represas e lençóis freáticos. As áreas contendo os mananciais devem ser alvo de atenção específica, contemplando aspectos legais e gerenciais, todavia, constata-se que o entendimento dos mananciais como uma tipologia de áreas protegidas tem sido restrito por alguns Estados, mesmo com a incumbência definida pelo art. 14 da Lei nº 6.766/79, sendo mais abrangentes nos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

3.2 Áreas de Preservação Permanente (APP)

As Áreas de Preservação Permanente (APPs) são espaços territoriais legalmente protegidos, ambientalmente frágeis e vulneráveis, podendo ser públicas ou privadas, urbanas ou rurais, cobertas ou não por vegetação nativa que não pode ser suprimida, em virtude da localização a qual se encontram, estando definidas na Lei Federal nº 12.651/12 (Nova Lei Florestal) alterada pela Lei n. 12.727/12. Conforme prevê a CRFB/88 no artigo 225, §1º, III. De acordo com o art. 3º, II, da Lei nº 12.651/2012 a APP é:

A área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (BRASIL, 2012).

Em relação à definição constante no art. 3º, II, da Lei nº 12.651/2012, Paulo Affonso Leme Machado (2014, p.16), aponta seis características presentes nas APPs:

a) é uma área e não mais uma floresta (no Código Florestal de 1965, com a redação original, tratava-se de “floresta de preservação permanente”). A área pode ou não estar coberta por vegetação nativa, podendo ser coberta por vegetação exótica;

b) não é uma área qualquer, mas uma “área protegida”, proibindo-se “qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (Art. 225, § 1º, III, da Constituição);

c) a área é protegida de forma “permanente”, isto é, não é uma proteção descontínua, temporária ou com interrupções;

d) é uma área protegida, com funções ambientais específicas e diferenciadas, apontadas na Lei n. 12.651/2012: funções ambientais de preservação abrangendo os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade; função de facilitar o fluxo gênico de fauna e de flora; proteção do solo, evitando a sua erosão e conservando a sua fertilidade; finalidade de assegurar o bem-estar das populações humanas;

e) a vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado;

f) a supressão indevida da vegetação na APP obriga o proprietário da área, o possuidor ou o ocupante, a qualquer título, a recompor a vegetação, e essa obrigação tem natureza real. Essa obrigação transmite-se ao sucessor, em caso de transferência da propriedade ou da posse do imóvel rural.

Sendo assim, observa-se que em virtude da proteção jurídica conferida às áreas de preservação permanente, sua natureza jurídica é de limitação administrativa, devendo-se permanecer inalterada, todavia, poderá haver a supressão de áreas por autorização do órgão ambiental competente em caso de utilidade pública ou de interesse social, após o devido processo administrativo, quando não existir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Nesse sentido, a criação de loteamentos ou condomínios nas margens de represas, rios e demais cursos d'água é um problema constante no cotidiano dos registradores imobiliários e órgãos públicos ambientais.

3.3 A Reserva Legal (RFL) e o Cadastro Ambiental Rural (CAR) na Lei Florestal nº 12.651/12

A Lei nº 7.803 de 18 de julho de 1989 alterou a redação da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, indicando que a expressão Reserva Legal, trataria de determinada percentagem de floresta protegida nas propriedades privadas rurais, impondo-se a obrigatoriedade da averbação na matrícula do imóvel, impedindo a alteração da sua destinação em caso de transmissão.

Por sua vez, o artigo 1º, §2º, III, da Lei nº 4.771/65 antigo Código Florestal, que Reserva Legal era toda a área situada em posse ou propriedade rural, excetuada a de preservação permanente, “necessária ao uso sustentável de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas” (BRASIL, 1965). Veja-se que a Reserva Legal se revela instrumento de “grande importância na manutenção da qualidade de vida e

no equilíbrio ecológico. Objetiva ela restringir o exercício da posse e da propriedade em delimitadas porções de terra, visando salvaguardar uma conservação mínima do meio ambiente” (D’AVILA, 2015, p. 351). Conforme enfatiza Mariana de Paula e Souza Renan (2015, p.75) a Reserva Legal (RL) espelha um dos institutos jurídicos de grande importância para a “política de preservação e conservação florestal no Brasil. Trata-se de limitação administrativa na qual se exige do proprietário rural a manutenção de parcela da propriedade, que deverá conter a cobertura de vegetação nativa daquele território”.

Observa-se que o § 8º do art. 16, do da Lei nº 4.771/65, após redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001 determinava que, a área de reserva legal deveria ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente.

Como se vê tais dispositivos continham valiosas informações a respeito dos limites da reserva, uma vez que averbação no registro público garantiria publicidade irrestrita, oponível a todos, *erga omnis*. T tamanha era a importância da averbação da reserva legal no registro de imóveis, que o Decreto Federal nº 6.686, de 2008 passou a tipificar como infração a omissão em não se averbar a reserva legal, prevendo a pena de advertência e multa diária de R\$ 50,00 a R\$ 500,00 por hectares.

4 | MECANISMOS PARA GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS SANÇÕES E OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS

O Ministério Público e demais entes que atuam na tutela dos interesses difusos são legitimados para propositura de Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente podendo tomar dos causadores de danos ambientais o compromisso de adequarem suas condutas às exigências legais com a previsão de sanções na eventualidade de descumprimento, tendo eficácia de título executivo extrajudicial (§ 6º do art. 5º da Lei 7.347/85). Nesse sentido, observa-se que o Ministério Público também poderá encaminhar ofício ao Registro de Imóveis informando a existência de peças de Ação Civil Pública envolvendo questões de desrespeito ao meio ambiente ou descumprimento ao termo de ajustamento de conduta (TAC) de modo a garantir uma maior proteção ambiental e o cumprimento da função socioambiental da propriedade.

Outro ponto que merece atenção diz respeito à certidão negativa de débitos decorrentes de infrações ambientais. A Lei Florestal nº 12.651/12 não possui um dispositivo específico para tratar da matéria, entretanto, fortaleceu a natureza jurídica das obrigações ambientais como *propter rem*, de modo que o cumprimento das obrigações é transmitido aos sucessores, em caso de transferência da propriedade. Nesse sentido, havendo a supressão indevida de vegetação na APP, por exemplo, o proprietário, possuidor e os sucessores ocupantes da área, estão obrigados a recompor a vegetação, e essa obrigação tem natureza real.

Mais uma questão que a Nova Lei Florestal (Lei nº 12.651/12) deixou de prever refere-se à possibilidade de se averbarem os autos de infração ambiental nas matrículas dos imóveis atingidos, ou seja, dar publicidade dos autos de infração administrativa no Registro de Imóveis, contribuindo para a fiscalização e cumprimento das obrigações ambientais. Tal fato colaboraria para a desnecessidade de apresentação de certidão negativa de débitos ambientais que por vezes demoram longos prazos no Registro de Imóveis, pois haveria apenas a punição do indivíduo que praticou o dano ambiental e não todos os demais proprietários que deveriam comparecer em vários órgãos ambientais em busca das certidões.

Veja-se que a Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama, estabelece que “a lavratura de termos de compromisso de ajustamento de conduta e autos de infração e respectivas penalidades impostas pelos órgãos ambientais sejam publicadas nos Diários Oficiais” (art. 4º, III e IV) (BRASIL, 2003). Não obstante, repara-se pouca eficácia neste tipo de medida, fazendo-se necessária a utilização do Registro de Imóveis para a propagação de publicidade aos autos de infrações ambientais e respectivas multas ambientais.

Grande parte das autuações se dá em virtude de algum dano a um espaço territorial especial protegido como intervenções em RLF, desmatamento e incêndios, todavia, percebe-se que poucas multas ambientais são satisfeitas, mesmo sabendo-se que as infrações ambientais possuem natureza jurídica de obrigação que acompanha o imóvel, o que demonstra total descaso com a legislação ambiental.

A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente levou em consideração a importância da competência constitucional da União para elaborar uma norma geral sobre as infrações administrativas, o qual deverá ser complementada pelos Estados e municípios, para o atendimento as peculiaridades locais. Fato é que medidas como estas se fazem necessárias para proteção do meio ambiente, eis que a publicidade ambiental com informações confiáveis e de relevância jurídica potencializadas no Registro de Imóveis, e disponibilizadas ao público em geral, proporciona maior segurança ao direito de propriedade que deverá obedecer a um contorno socioambiental.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo foi possível analisar a possibilidade de utilizar o Registro de Imóveis como ferramenta capaz de proporcionar uma proteção ambiental mais concreta e efetiva através do acesso à informação ambiental o qual confere maior publicidade e cumprimento das obrigações ambientais.

Verificou-se que o estudo do tema é novo, sobretudo, a normas que tratam de Direito Ambiental e Registral, todavia, as pesquisas têm se progredido para um

adequado funcionamento do sistema registral em prol da publicidade e da completude das informações de natureza ambiental junto ao Registro de Imóveis, podendo-se observar que o Registro de Imóveis tem evoluído juntamente com o direito de propriedade de modo que deverá obedecer a um contorno socioambiental.

Tem-se então, o respeito aos princípios da segurança e da publicidade registral e, também, o fortalecimento a proteção ambiental, permitindo a qualquer indivíduo o direito de se informar e ser informado sobre o estado em que se encontra determinado imóvel através de consulta a sua matrícula, possibilitando dessa forma, que a função socioambiental da propriedade possa ser concretizada com a publicidade ambiental, e, buscas de informações em diversos órgãos que possam realizar autuações e ações relacionadas ao meio ambiente sejam evitadas.

Conclui-se que, a partir do momento que os instrumentos do Registro de Imóveis forem aptos a proporcionar uma proteção ambiental mais efetiva, contendo todas as informações de caráter ambiental de determinada propriedade, o Poder Público, bem como a sociedade, terão conhecimento de quais políticas ambientais serão aplicadas em determinada região, criando segurança jurídica nas relações negociais imobiliárias, bem como buscando um meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida das atuais e futuras gerações.

Faz-se necessário que todas as informações colocadas à disposição dos indivíduos sejam precisas e de relevância jurídica servindo para facilitar a publicidade, devendo o registrador imobiliário na qualificação de títulos que representem restrição ao direito de propriedade observar e se ater à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo. **Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

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

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003**. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.650.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Áreas de Preservação Permanente Urbanas. Brasília: 2012. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/areas-verdes-urbanas/%C3%A1reas-de-prote%C3%A7%C3%A3o-permanente>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

D'ÁVILA, Gilmara Vanderlinde Medeiros. **Averbação da reserva legal x Cadastro ambiental rural, avanço ou retrocesso?**. Revista Eletrônica Direito e Política. Itajaí: v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7173/4072>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1992.

RAYMUNDI, Fabiano Camozzato. **A publicidade garantida pelo registro de imóveis e a proteção ambiental**. 2011. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul: 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/621/Dissertacao%20Fabiano%20Camozzato%20Raymundi.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 maio 2017.

RENAN, Mariana de Paula e Souza. **O potencial do cadastro ambiental rural - CAR como instrumento de regularização ambiental no Estado de Minas Gerais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Escola Superior Dom Helder Câmara: Belo Horizonte: 2015.

Disponível em: <http://domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/7f80fbace0ef2a1c20f5975342e3bbe6.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

SITES CONSULTADOS

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-normaatualizada-pl.html>

O ESTATUTO DA METRÓPOLE COMO SISTEMA ABSTRATO MODERNO

Wagner Barboza Rufino

Departamento de Arquitetura e Urbanismo da Escola de Desenho Industrial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (DAU/ESDI/UERJ).
Petrópolis – RJ.

Curso de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Veiga de Almeida (UVA), Barra da Tijuca.
Rio de Janeiro – RJ.

Tatiana Cotta Gonçalves Pereira

Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (DCJ/UFRRJ).
Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Territorial e Políticas Públicas da UFRRJ.
Seropédica – RJ.

RESUMO: Este trabalho sintetiza o conteúdo apresentado por nós no VII Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: Construção de Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano, realizado na Cidade de São Paulo no ano de 2013. Trata-se de uma análise crítica e contextualizada do Projeto de Lei do Estatuto da Metrópole (PL 3460/04), em tramitação no Congresso Nacional naquela época.

O Brasil se define por um território em constante mutação. Diversos fatores promoveram uma rápida urbanização da sociedade brasileira, seguida de um processo de metropolização que já alcança dimensões megalopolitanas. Se por um lado a aprovação do Estatuto da Cidade, a

criação do Ministério das Cidades e o aumento de recursos destinados às políticas urbanas revelam a entrada das cidades nas agendas dos governos, por outro não se percebe melhoras efetivas em relação ao cumprimento da função social da propriedade ou da gestão dos territórios urbanos, especialmente no que tange à gestão escalas metropolitanas. Nesse sentido, entendemos o Projeto de Lei do Estatuto da Metrópole como um sistema abstrato que pode funcionar como um espelho-instrumento inserido em uma base reflexiva maior de um Estado presente, desde que esse se configure de forma efetiva como um promotor do direito à cidade.

PALAVRAS-CHAVE: Modernidade, Urbanização, Metrópole e Estatuto da Metrópole.

THE METROPOLIS STATUTE AS AN ABSTRACT MODERN SYSTEM

ABSTRACT: This paper is the synthesis of the content presented by us at the VII Brazilian Congress of Urban Law: Construction of a National Urban Development System, held in the City of São Paulo in 2013. This is a critical and contextual analysis of the Metropolis Statute Bill (PL 3460/04), in process in the National Congress at that time.

Brazil is defined as a territory under constantly

mutations. Several factors have promoted rapid urbanization of Brazilian society, followed by a process of metropolization that has already reached mega scales. If the approval of the City Statute, the creation of the Ministry of Cities and increased resources for urban policies reveals a greater importance of cities in the agendas of governments, it is not possible to realize effective improvements related to the fulfillment of the social function of private property or of the management of urban territories. We understand the Metropolis Statute Bill as an abstract system that can operate as a mirror-instrument embedded in a larger reflective base of a present state, since it is effectively set as a promoter of the right to the city.

KEYWORDS: Modernity, Urbanization, Metropolis and the Statute of the Metropolis.

“(...) Entre nossos hábitos mais encantadores figura a capacidade de sermos sofisticados criadores de regras, e compulsivos violadores dessas mesmas regras.”
(HARVEY, D., 2004, p. 273)

1 | INTRODUÇÃO

A partir de uma revisão acerca dos conceitos de modernidade e modernização – e de suas relações com os processos de urbanização – este trabalho faz uma reflexão sobre a ligação entre sociedade e suas instituições, observando o rebatimento desta ligação sobre a regulação do espaço metropolitano no Brasil.

O trabalho localiza o Brasil no contexto estabelecido pela nova geografia urbana internacional, no âmbito de uma possível modernidade radicalizada estabelecida pelo processo de globalização.

Ao observar a questão urbana no país, o texto foca e dá relevo à importância da discussão sobre seus espaços metropolitanos, apresentando como tema central uma análise do Projeto de Lei do Estatuto da MetrÓpole (PL 3460/04), o qual traz em seu bojo os fundamentos e objetivos da Política Nacional de Planejamento Regional Urbano, regulamentando, dentre outros temas, a questão metropolitana no país.

2 | MODERNIDADE, MODERNIZAÇÃO E A CIDADE CONTEMPORÂNEA

As urbes dão significado e sedimentam ao longo da história o movimento das sociedades em suas variadas dimensões. Ideologias, modos de vida e de produção marcaram distintos momentos, mantendo uma relação recíproca de causa e efeito com a formação do espaço urbano. Segundo Giddens (1991, p.11): “Modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. O Estado-nação moderno formata e concentra os poderes simbólicos, ideológicos, políticos e militares em um arranjo até então jamais visto. O Estado figura como o grande orquestrador de uma rede de instituições que operam o que Giddens

(ibid.) denomina por sistemas abstratos. Segundo o autor:

“A cada vez que alguém saca dinheiro do banco ou faz um depósito, acende casualmente a luz ou abre uma torneira, envia uma carta ou passa um telefonema, está implicitamente reconhecendo as grandes áreas de ações e eventos seguros e coordenados que tornam possível a vida social moderna.

(...) A confiança em sistemas abstratos é a condição do distanciamento tempo-espaco e das grandes áreas de segurança na vida cotidiana que as instituições modernas oferecem em comparação com o mundo tradicional.”

Estado e demais instituições demandam um campo de contato, uma interseção, que corporifica sua existência e os apresentam como experiência real. A figura de um governante ou a comissária de bordo de uma companhia aérea são, para além de indivíduos desempenhando suas funções, figuras simbólicas que materializam seus sistemas abstratos.

Para Ascher (2010) seria mais correto utilizarmos o conceito de modernização, uma vez que a modernidade não é um estado e sim um processo resultante de três dinâmicas socioantropológicas que se combinam de forma heterogênea já na Europa da Idade Média: 1) a individualização, 2) a racionalização e 3) a diferenciação social. A individualização estaria no reconhecimento do indivíduo em detrimento do grupo, a racionalização corresponderia à substituição da tradição e do folclore pela razão e a diferenciação social estaria ligada à divisão técnica e social do trabalho. O autor divide o processo de modernização em três fases: 1) a alta modernidade, 2) a modernidade média e 3) a terceira modernidade. Para ele, há uma dimensão espacial que parece refletir a entrada das sociedades ocidentais na alta modernidade e as consecutivas transferências para a modernidade média e para a terceira modernidade.

Ascher (ibid.) sublinha a importância dos rebatimentos destas mudanças de fase nos territórios urbanos, denominando tais inflexões por Revoluções Urbanas Modernas. A Primeira Revolução Urbana Moderna – a da alta modernidade – no que diz respeito à dimensão espacial, fez-se “moderna” ao pensarem e realizarem projetos, ao colocarem em prática desenhos de desígnios a partir de referências clássicas e arquitetura barroca. A Segunda Revolução Urbana Moderna – a da modernidade média – seria a derivação da evolução agrícola associada à Revolução Industrial. Já no início do século XX, sob o paradigma do modo de produção fordista, a organização do espaço urbano passou a derivar-se da lógica produtiva e foi parte de um projeto de “sociedade da eficiência”, regulado pelo equilíbrio entre as relações de produção e acesso ao consumo, submetido ao controle da fábrica e das leis que regiam o quadro de responsabilidade recíproca entre Estado, empresa e empregado. Num período qualificado por Ascher (1998, p. 54) como: “taylorista-fordiano-keynesiano-corbusiano”, os governos das nações capitalistas centrais tomaram para si a responsabilidade da manutenção do “bem estar” dos estratos sociais na tentativa da promoção da boa relação homem-trabalho-capital. Este ciclo teve seu ápice nos

“Trinta Gloriosos”, sublinhando o período pós-guerra como a situação fértil para a materialização deste projeto de sociedade no meio urbano.

O bom desempenho das economias das nações centrais após a Segunda Guerra sofreu alterações a partir da década de 1970. Os avanços da produção industrial na Europa, Japão e em algumas regiões subdesenvolvidas acabaram por corresponder diretamente ao alargamento da demanda e da produção, que expandiu a escala dos mercados e colocou em cheque a rigidez do modelo fordista de acumulação. Novas sendas foram estabelecidas para o avanço das economias capitalistas, ingressando estas em um novo período de acumulação – o pós-fordismo. Segundo Ascher (2010), as transformações deflagradas pelos processos de reestruturação e globalização dão início à terceira modernidade e localizam a cidade contemporânea no centro da Terceira Revolução Urbana Moderna.

Na superabundância de uma sociedade denominada “Supermoderna” por Augé (1994), a cidade contemporânea é o lugar de sua modalidade essencial: o excesso. É o “lugar do excesso” que exponencializa a racionalidade científica moderna, uma modernidade radicalizada. No paradoxo do excesso de espaço e do encolhimento do planeta, a exclusão social e o atraso econômico distanciam, ao passo que o satélite, a *internet*, os aviões nos aproximam em poucas horas, ou instantaneamente.

Para Ascher (2010) a cidade contemporânea é a continuação de um processo que parece caminhar para a formação de sociedades ainda mais racionais, mais individualistas e mais diferenciadas. As cidades estão na interseção de praticamente tudo aquilo que vemos por um lado como avanço – e por outro como crises. Os vigorosos processos de urbanização e metropolização do século XX, ainda em curso, evidenciam o papel das cidades como o centro da dimensão espacial das sociedades.

3 | O BRASIL MODERNO E URBANIZADO

“Foi o Estado que soube o que a ordem devia parecer, e que teve força e arrogância bastante para proclamar que todos os outros estados de coisas são desordem e o caos, como também para obriga-los a viver sob essa condição. Foi este, em outras palavras, o Estado moderno – que legislou a ordem para a existência e definiu a ordem como a clareza de aglutinar divisões, classificações, distribuições e fronteiras.” (BAUMAN, 1998, p.28).

O Brasil é um bom exemplo para se pensar sobre uma nação que se pretende moderna e que convive com a realidade das glórias e passivos das expectativas cumpridas e das não cumpridas de seus projetos de modernização – todos solapados pelo imperativo do capitalismo globalizado. O primeiro passo ou a primeira imagem poderia ser a da frase da bandeira brasileira: “Ordem e Progresso”. O país segue uma cartilha desenvolvimentista pautada no crescimento do Produto Interno Bruto, nas metas de inflação e na responsabilidade fiscal. Coloca-se a questão de como o Brasil se apresenta no início do século XXI, quando ora aparentamos estar na ‘crista

da onda' e ora nos damos conta de que ainda não chegamos à modernidade e tão pouco à contemporaneidade da modernidade radicalizada. Podemos também pensar que estruturalmente somos uma grande sobreposição de todos estes tempos, tudo em rápida mutação. Mas isso não basta. Tal problematização é apenas um princípio para se começar a busca por possíveis caminhos.

O Brasil chegou ao século XXI como um país industrializado onde mais de 80% de sua população vive em cidades. Passando por um dos mais rápidos movimentos de migração interna e êxodo rural vistos no globo e ingressando num processo de industrialização que toma vulto a partir dos anos 1930, o Brasil hoje é um país essencialmente urbano. As cidades brasileiras da Terceira Revolução Urbana Moderna são importantes destinos de um grande volume de recursos, que formam verdadeiras nuvens de dinheiro, crédito e capital especulativo sobre o espaço construído. O recente histórico da questão urbana no Brasil parece revelar dois projetos de país que se sobrepõem e chegam a confundir. Se por um lado a aprovação do Estatuto da Cidade, a criação do Ministério das Cidades, o aumento de recursos destinados às políticas urbanas e o Projeto de Lei do Estatuto da MetrÓpole (PL 3460/04) revelam uma maior importância das cidades nas agendas dos governos, por outro não se percebe melhoras efetivas em relação ao cumprimento da função social da propriedade ou da gestão dos territórios urbanos. Enquanto o Estado não parece ser capaz de dar conta do que paira sobre nós, as pressões se materializam na nossa frente, forçando-nos a enxergar ou a nos resignar.

4 | APONTAMENTOS SOBRE A QUESTÃO METROPOLITANA NO BRASIL

As abordagens em relação à questão metropolitana no Brasil divergem em diversos campos, partindo pela própria definição de Região Metropolitana. O geógrafo Marcelo Lopes de Souza (2011, p.33) explica o surgimento de uma metrópole a partir das aglomerações urbanas:

“Se uma das cidades que formam uma aglomeração urbana crescer e se destacar demais, apresentando-se como uma cidade grande e com uma área de influência econômica, pelo menos, regional, então não se está mais diante de uma simples aglomeração, mas de uma metrópole. (...) o importante é que todos os espaços urbanos se achem fortemente “costurados”, especialmente com a ajuda da “linha” mais importante, sob esse aspecto, que são os deslocamentos diários de trabalhadores, grande parte dos quais trabalha no núcleo metropolitano e reside nas cidades vizinhas a este. MetrÓpoles são realidades socioespaciais que, na maioria dos países, passam a ter a sua existência formalmente reconhecida: são chamadas, nos EUA, de áreas metropolitanas (...) e, no Brasil, regiões metropolitanas.”

O art. 6º, I do Estatuto da MetrÓpole (Projeto de Lei 3460/04) que será adiante abordado, assim definiu Região Metropolitana:

é o agrupamento de Municípios limítrofes, que apresente, cumulativamente, as

seguintes características:

- a)** um núcleo central com, no mínimo, 5% (cinco por cento) da população do País ou dois núcleos centrais que apresentem, conjuntamente, no mínimo, 4% (quatro por cento) da população nacional;
- b)** taxa de urbanização acima de 60% (sessenta por cento), para cada um dos Municípios integrantes da região;
- c)** população economicamente ativa residente nos setores secundário e terciário de, no mínimo, 65% (sessenta e cinco por cento), considerado cada um dos Municípios integrantes da região;
- d)** urbanização contínua em, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos Municípios componentes da região.

Portanto, a norma prevê uma combinação de critérios mais rígidos do que os critérios da Geografia ou do Urbanismo, e que leva em conta a densidade demográfica, as atividades econômicas (tipicamente urbanas) e a taxa de urbanização de municípios limítrofes, estando implícita, em nosso entendimento, a relação hierárquica e de trocas.

A caracterização de fronteira entre municípios e de relações interdependentes levaram à necessidade de pensar uma gestão compartilhada para essas regiões, pois, inevitavelmente, existem temas de interesse comuns que ultrapassam as fronteiras municipais. Ao examinarmos o estado da arte em práticas nacionais já estabelecidas na busca por soluções para a questão regional-metropolitana, Paula Ravanelli Losada (2010) faz uma revisão do grau de autonomia dos municípios na história da Federação brasileira, bem como busca estabelecer o momento em que a questão metropolitana ganha tratamento jurídico. A jurista observa que a gestão da metrópole se inicia no regime militar, especialmente na década de 1970, e que nessa época elas se tornaram “instâncias políticas importantes” (idem, p. 265).

A partir da Constituição de 1988, a organização político-administrativa brasileira aprofunda a descentralização política, garantindo autonomia aos municípios, que se tornam, assim, entes federativos dotados de poder de auto-organização, auto legislação, autogoverno e autoadministração. Esse novo modelo, *sui generis*, dificulta a gestão da região metropolitana posto que não esta não se caracteriza como ente federativo. Assim, embora existam relações de dependência entre municípios que compõem a metrópole, juridicamente cada um deles atua de forma autônoma na gestão de seu território e na resolução de seus problemas. O que queremos dizer com isso é que no modelo de Federação adotado por nossa Constituição, a região metropolitana não é ente federativo, mas o município é. Logo, a região metropolitana, que é espacialmente maior que um município, é uma reunião de diversos municípios, mas não é ente federativo, não tendo autonomia política. Tal situação pode levar a uma série de conflitos políticos, jurídicos, legislativos e administrativos. A questão central nos parece ser como garantir que a gestão das regiões metropolitanas funcione se ela é formada pela união de entes autônomos municípios? Assim, embora nosso modelo de federalismo seja cooperativo, a configuração de um ambiente colaborativo

no Brasil no que se refere à gestão metropolitana enfrenta dificuldades devido à descentralização referida.

Na esfera jurídica, há muito é aguardada uma lei que estabeleça diretrizes gerais para os estados poderem criar as Regiões Metropolitanas, o que parece ser a proposta do Estatuto da MetrÓpole. Nesse sentido, “a concretização do federalismo cooperativo brasileiro depende, portanto, da construção de uma norma infraconstitucional, isto é, de regras e procedimentos claros que confirmam uma forma mais institucionalizada para a cooperação intergovernamental (SILVEIRA, 2002)” (LOSADA, 2010, p. 174).

Os que hoje atuam sobre as escalas metropolitana e regional no Brasil reconhecem, mais uma vez, em instrumentos consagrados como a regulação e zoneamento do uso da terra, caminhos para a materialização do ambiente desejado. Dentre todas as frentes que a atual realidade urbana brasileira pode demandar, podemos sublinhar três importantes desafios: 1) MetrÓpoles industriais sendo transformadas em cidades de serviços submetidas à lógica do capital internacional de grande mobilidade, face a uma estrutura social de baixa mobilidade; 2) Preparar novos territórios produtivos para receberem politicamente, espacialmente, legalmente e socialmente a parcela da economia real produtiva que se desloca para as franjas ou para fora das metrÓpoles e 3) Garantir a permanência da base produtiva no país, frente à nova geografia internacional do trabalho e ao poder imantado do fenômeno China.

Visto o modelo de assimetrias e desigualdades em curso, é importante que as ações em andamento associadas a novos movimentos a favor da incorporação de dimensões políticas aos territórios metropolitanos ganhem efetividade, para que o caminho em direção à implementação de uma governança urbana democrática, eficiente e justa tenha seguimento.

5 | O ESTATUTO DA METRÓPOLE

O Estatuto da MetrÓpole preenche uma lacuna deixada pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257, 2001) e, como parte de seu escopo, atualiza os conceitos de Região Metropolitana (RM), Aglomeração Urbana (AU), Microrregião (MR) e Região Integrada de Desenvolvimento Regional (RIDE) nas suas diferentes possibilidades de instituição; estabelece os fundamentos, diretrizes e objetivos da Política Nacional de Planejamento Regional Urbano (PNPRU) e cria o Sistema Nacional de Planejamento e Informações Regionais Urbanas (SNPIRU). Contudo, consideramos que também há equívocos em seu conteúdo, constituído no sentido de contribuir para a superação do “vazio político” da gestão das metrÓpoles no Brasil.

O Projeto de Lei *per se* já se apresenta como um avanço, uma vez que reitera a discussão sobre macroplanejamento urbano no Brasil, recolocada na pauta política do país. Não deixa de ser certa ousadia legislativa da União tentar estabelecer diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano de um país tão heterogêneo, ainda mais com a

problemática já colocada da autonomia municipal frente à metrópole. Nesse sentido, fica claro que o Estatuto da Metrópole, se aprovado, será lei geral, cabendo aos estados – tal qual estatui o art.25,§3º da CF/88 – a lei específica de criação de cada região metropolitana, com seu limite geográfico, suas funções públicas de interesse comum, seus órgãos de planejamento e execução.

O PL está estruturado em quatro Títulos: I) Da Política Nacional de Planejamento Regional Urbano (PNPRU), II) Do Sistema Nacional de Planejamento e Informações Regionais Urbanas (SNPIRU), III) Da Gestão Democrática e IV) Das Disposições Gerais. O que pretendemos aqui é realizar uma análise acerca de seu conteúdo uniformizador, dos sistemas de atualização propostos e de como sua estrutura trata da participação sobre os processos de tomada de decisão.

O inciso III do art. 3º do PL estabelece que um dos objetivos gerais da Política Nacional de Planejamento Regional Urbano (PNPRU) é:

promover, por meio da União, a elaboração de um conjunto de critérios técnicos de referência nacional, que contemple, entre outros, aspectos estruturais, funcionais, sociais, econômicos, hierárquicos, tipológicos e espaciais de centros urbanos na rede brasileira de cidades, visando a classificação de Municípios e a caracterização de unidades regionais urbanas (...)

Para atender tal dispositivo, o art. 5º estabelece que a cada dez anos será realizada uma pesquisa nacional que visa analisar a configuração das cidades brasileiras em vários aspectos, como crescimento demográfico, processo de urbanização, mudanças funcionais e espaciais, entre outros. Já o art. 10 do projeto estabelece os instrumentos através dos quais as ações da PNPRU serão executadas, dentre eles os “planos nacional, regionais e setoriais urbanos de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (inciso I). E o art. 13 estatui o prazo de quatro anos para rever e atualizar tais planos.

Ora, ao analisarmos os textos normativos, verificamos a proposta de levantamento e produção de grandes conteúdos e uma atualização em completo descompasso com a pesquisa proposta no art. 5º, sendo que, em nossa percepção, ambas carecem de estruturas de atualização em tempos compatíveis às nuances e à velocidade das transformações em curso na nova geografia urbana brasileira e internacional. Já o desenvolvimento do Sistema Nacional de Informações Georrefenciadas (do planejamento regional urbano) proposto no inciso VI do art. 19 parece configurar uma estrutura mais adequada de informações desde que realmente inseridas em um âmbito de permanente atualização.

No art. 8º, inciso IV, o PL apresenta como diretriz geral para a implementação da PNPRU:

o fomento à integração regional, por parte das unidades regionais urbanas, mediante a adoção de medidas que objetivem ações voltadas à **complementaridade e competitividade entre regiões nacionais e internacionais**, ao bem-estar social,

Embora de forma ampla, ao propor medidas voltadas à complementaridade e competitividade, o projeto apresenta um paradoxo entre cooperação e disputa em seu conteúdo, o que parece, inclusive, ir contra a ideia “do desenvolvimento de uma regionalização urbana homogênea, democrática, socialmente representativa, intergovernamental, integradora, estimulante e dirigida à auto sustentabilidade”, constante em sua justificativa.

Outro dispositivo que merece atenção é o art. 12, § 2º e seu inciso I, que estabelece a realização de audiências públicas no processo de elaboração dos planos da PNPRU. As audiências públicas se configuram como instrumento de participação popular nas democracias participativas, mas têm se mostrado uma prática frágil e/ou insuficiente principalmente porque não são dotadas de poder deliberativo. Nos processos de Licenciamento Ambiental, esse instrumento foi reduzido a mero ato formal de procedimento. Portanto, a fim de que se atinja a diretriz estabelecida no art.8º, VI (“participação popular no processo de planejamento regional urbano e de tomada de decisões, no acompanhamento da prestação de serviços, obras ou funções públicas de interesse comum em nível regional”), nos parece essencial a possibilidade de participação *efetiva* da população nas audiências públicas, a fim de ser esclarecida e mesmo propor alternativas.

Ainda no viés da participação popular no jogo democrático, o Conselho das Cidades passa a ter, pelo projeto, competência ampliada, para deliberar também sobre questões relativas ao Sistema Nacional de Planejamento e Informações Regionais Urbanas. A norma em formação prevê ainda a criação, pelo Executivo, de um Grupo de Assessoramento da Política Nacional de Planejamento Regional Urbano, de caráter técnico, cuja estrutura também contará com representantes da sociedade civil ligados às regiões metropolitanas, ao Fórum Nacional de Entidades Metropolitanas (FNEM), dentre outros.

No art. 17, o PL estabelece os conteúdos mínimos dos planos propostos. De acordo com os incisos:

I – objetivos e diretrizes gerais, definidos em conjunto com os Estados, Distrito Federal e Municípios integrantes de unidades regionais urbanas;

II – formulação, de modo articulado e integrado, com os níveis de governo identificados no inciso I deste artigo, das ações necessárias à realização das metas e objetivos estabelecidos, considerando que a programação, a coordenação e a execução das funções públicas de interesse comum deverão, sempre que possível, ser unificadas;

III – análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de uso e ocupação do solo urbano;

IV – diretrizes e critérios para a participação financeira da União no fomento aos programas regionais de desenvolvimento urbano;

V – propostas para a instituição de áreas sujeitas a limitações administrativas, visando a proteção do meio ambiente, de monumentos, de obras e de bens de

valores histórico, artístico e cultural; a preservação de florestas, da fauna, da flora, de sítios arqueológicos e de paisagens naturais notáveis;

Possivelmente seja este um dos pontos críticos do projeto. Apesar de dar relevo à importância da regulação do uso do solo, propondo inclusive a demarcação de áreas sujeitas a limitações administrativas, o texto aponta para a participação da União nos programas regionais de desenvolvimento, mas não define a fonte de recursos para a elaboração dos planos.

Podemos apontar que o Estatuto da Metrópole é moderno em sua tentativa de homogeneizar o tratamento jurídico do desenho institucional das diversas regiões metropolitanas, e em suas bases de dados e mapas em tempos marcados – e que ainda pertenceria a uma realidade moderna radicalizada em suas pretensões de incorporação da participação da sociedade nos processos de tomada de decisão, da atualização permanente de dados e em seu compasso com a operação da lógica neoliberal competitiva. Poderíamos também observá-lo como um instrumento standardizador, quando se coloca de forma estratégica frente aos desafios de gerir metrópoles na atual fase de capitalismo hegemônico.

Segundo Santos (2001, p.42): “Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estarmos na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu”. Seria possível dizer que o Estatuto da Metrópole está na orla do tempo ou que ele tenta juntar ordem e desordem? O simples fato de tratar de uma escala tão ampla que intrinsecamente embute uma enormidade de escalas já causa inquietação. No mundo atual, mapas e dados em tempos marcados, como propõe o PL do Estatuto da Metrópole, são insuficientes para dar conta do real. Um levantamento contínuo e parametrizado de dados georreferenciados através da atualização permanente talvez seja capaz de iniciar o difícil cumprimento do acompanhamento das mutações em andamento.

Se por um lado, as instituições da modernidade não dão mais conta da velocidade das transformações, do envolvimento político e das lutas políticas – a presença institucionalizada do Estado se faz necessária em escala local, regional, nacional e global de forma a contribuir com as ações e fiscalizar o próprio Estado. Porém, há um afastamento do indivíduo moderno dos processos de tomada de decisão dos sistemas abstratos. Para Giddens (ibid., p.125): “A exclusão da maioria das arenas onde as políticas de maior consequência são elaboradas e as decisões tomadas força uma concentração sobre o eu; este é um resultado da falta de poder que a maioria das pessoas sente”. O Estatuto da Metrópole mantém este afastamento moderno ao estabelecer formas de participação frouxas (audiências públicas) ou mesmo juridicamente questionáveis (poder deliberativo do Conselho das Cidades).

É importante que a ciência, as instituições e seus sistemas abstratos questionem sempre suas certezas, uma vez que a realidade sempre andarás um passo a frente mantendo uma boa dose de descontrole. É um eterno recomeço. Segundo Maffesoli

(2005, p.33), a razão moderna fechada em si vai de encontro as suas próprias pretensões racionalistas, que intrinsecamente carecem da atualização imposta pela realidade. De acordo com autor ao escrever sobre as transformações em curso no planeta a partir das últimas décadas do século XX:

“É frequente, da parte dos observadores sociais, interpretar as mudanças de valores que se manifestam neste fim de século como a mais nítida expressão de um retorno do irracionalismo. Pode-se dizer, de preferência, que se trata, simplesmente, da mais adequada expressão de um racionalismo levado aos mais extremos limites. Não mais reconhecendo-se na lógica racional do “dever-ser”, a realidade social “se vinga”.

Há de se avaliar se o ambiente de governança proposto pelo Estatuto da Metrópole seria capaz de lhe proporcionar confiança como sistema abstrato. Por enquanto, a definição do espelho proposto pelo Estatuto parece aberta (se é que ele propõe um). Quem será a aeromoça deste sistema? É necessário que o Estatuto como sistema abstrato do Estado faça do Estado um sistema presente. É compreensível que o Estatuto da Metrópole seria uma tentativa de presença do Estado em escalas mutantes difíceis de operar sobre. Mas não podemos ter um projeto que não vá além da manutenção da lógica estratégica do modo de produção capitalista como única alternativa. Segundo Santos (2001, p.47 e 48):

“Os espelhos da sociedade não são físicos, de vidro. São conjuntos de instituições, normatividades, ideologias que estabelecem correspondências e hierarquias entre campos infinitamente vastos de práticas sociais.

(...) Quanto maior é o uso de um dado espelho e quanto mais importante é esse uso, maior é a probabilidade de que ele adquira vida própria. Quando isto acontece, em vez de a sociedade se ver refletida no espelho, é o espelho que pretende que a sociedade o reflita. De objeto do olhar, passa a ser, ele o próprio, olhar. Um olhar imperial e imperscrutável, porque se por um lado, a sociedade deixa de se reconhecer nele, por outro não entende sequer o que o espelho pretende reconhecer nela. É como se o espelho passasse de objeto trivial a enigmático super-objeto, de espelho passasse a estátua. Perante à estátua, a sociedade pode, quando muito, imaginar-se como foi ou, pelo contrário, como nunca foi.”

O reconhecimento do outro, a solidariedade pode estabelecer princípios que forneçam instrumentos alternativos ao constante estabelecimento de ordem sobre as coisas. A racionalidade moderna, o espelho transformado em estátua ou a onipotência correm o constante risco imposto pela realidade que, de uma hora para outra, entrará em choque, se vingará, quebrará seus espelhos ou por fim, se suicidará.

6 | CONCLUSÃO

A emancipação do homem permanece como um dos pilares do processo de modernização, e se trata de um ininterrupto exercício de renovação dado através de práticas capazes de instituírem os anseios das sociedades. As manifestações

ocorridas no Brasil em 2013 bateram de frente com estruturas rígidas e autoconfiantes, e ambas não se reconheceram, como uma avalanche de neve que se choca a uma pirâmide no deserto. Embora não o deslegitime, a questão da autonomia municipal frente à metrópole, a frouxidão do que diz respeito à participação deliberativa e a ausência de clareza das fontes de financiamento para o desenvolvimento dos planos propostos pelo Estatuto da Metrópole o faz parecer ultrapassado antes mesmo de nascer. Para que o estatuto sirva de espelho ele precisará ultrapassar sua própria condição de espelho. Temos que poder entrar naquilo que ele propõe – e aquilo que ele propõe deve ser suficientemente atualizado e democrático. Suas estruturas precisam ser capazes de absorver e refletir as constantes mudanças da sociedade e suas escalas de ação devem ser as quantas forem necessárias para sua constante atualização.

Em relação ao conteúdo do projeto que diz respeito à elaboração de planos, é importante que o Estado se faça presente para que as frentes de trabalho abertas pelo planejamento metropolitano não resultem em uma homogênea massa de planos uniformizadores e standardizadores.

O Estatuto da Metrópole como um sistema abstrato pode funcionar como um espelho-instrumento inserido em uma base reflexiva maior de um Estado presente. Porém a presença do Estado não será suficiente caso este não seja capaz de cumprir sua tarefa de constante atualização (quase que em tempo real). À participação cumpre uma parte importante desta atualização, pois dela vem as demandas diretas capazes de não deixarem o espelho virar estátua. Comunismo, capitalismo, ditaduras – tudo parece ter virado estátuas – estruturas duras e determinantes da maneira das pessoas se colocarem no mundo. Um possível caminho talvez esteja na combinação de (1) ações e projetos inseridos em um (2) plano orientado por uma (3) política de Estado que entenda seu papel de gestor – em um campo que detém dívidas sociais históricas e que lança perspectivas sobre a configuração da sociedade brasileira porvir.

REFERÊNCIAS

ASCHER, F. **Metápolis: Acerca do Futuro da Cidade**. Oeiras: Celta Editora, 1998.

_____. **Os novos princípios do Urbanismo**. São Paulo: Romano Guerra, 2010.

AUGÉ, M. **Não-lugares: Introdução a uma antropologia da supermodernidade**. Campinas: Papyrus, 1994.

BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da UNESP, 1991.

HARVEY, D. **Espaços de Esperança**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

LOSADA, P.R. **Potencialidades da cooperação intergovernamental para a gestão das regiões metropolitanas do Brasil.** In: Regiões Metropolitanas no Brasil: um paradoxo de desafios e oportunidades. Washington: Fernanda Magalhães Ed.,2010.

MAFFESOLI, M. **Elogio da razão sensível.** Petrópolis: Vozes, 2005.

SANTOS, B. S. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2001.

SOUZA, M. L. **ABC do Desenvolvimento Urbano.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

PARTICIPAÇÃO E COOPTAÇÃO NOS CONSELHOS DE POLÍTICA URBANA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES - RJ

Rodrigo Anido Lira

Universidade Candido Mendes – Programa de Mestrado e Doutorado em Planejamento Regional e Gestão de Cidades – Campos dos Goytacazes - RJ

Ludmila Gonçalves da Matta

Universidade Candido Mendes – Programa de Mestrado e Doutorado em Planejamento Regional e Gestão de Cidades – Campos dos Goytacazes - RJ

Marusa Bocafoli da Silva

Universidade Candido Mendes – Faculdade de Direito – Campos dos Goytacazes - RJ

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar os Conselhos Municipais ligados a política urbana em Campos dos Goytacazes – RJ, visando identificar características da qualidade da participação e representação da sociedade neste organismo e verificando a incidência de elementos que comprometam o processo democrático local. A fim de análise em nosso trabalho tivemos como objeto empírico a 50 Conferência Municipal das Cidades realizadas nos dias 28 e 29 de maio de 2013. Esse se constitui um espaço privilegiado para observação de como participam os atores, quais os mecanismos de controle são utilizados no processo de participação, os mecanismos de poder assim como também a força política de determinadas questões. Os

resultados da pesquisa apontaram problemas no quesito participação em função do conflito gerado em torno da criação do Conselho das Cidades - ConCidades. Foi possível observar um embate entre o poder público municipal e representantes da sociedade civil quanto a criação e efetivação do referido conselho levando a pauta da Conferência para disputas políticas e judiciais legitimando um modelo autoritário de representação.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Municipal das Cidades; Participação; Representação; Cooptação.

ABSTRACT: This paper intends to examine the Municipal Councils connected to the urban policy in the municipality of Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro State, Brazil, with a view to defining characteristics of the quality of society participation and representation in this body and verifying elements that may affect the local democratic process. For analysis, it was considered, as an empirical object, the 5th *Conferência Municipal das Cidades*, held on May 28 and 29, 2013, which is a special opportunity to observe how the agents involved participate, which are the mechanisms of control used in the process of participation, the mechanisms of power, and the political force of specific questions. Results of the research identified problems in the issue

participation in function of the conflict around the establishment of the *Conselho das Cidades – ConCidades*. It was observed a conflict between the municipal government and representatives of civil society as to the creation and implementation of this council, leading the agenda of the Conference towards political and legal disputes, thus validating an authoritarian representation model.

KEYWORDS: Municipal Council; Participation; Representation; Coopting.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 é um importante marco para entendermos a nova dinâmica da gestão local. A descentralização ocorrida no modelo público pós-constituição pretendia transferir o poder decisório para instâncias menores, especialmente os municípios, que enfrentam o desafio de gerir seus próprios orçamentos e com autonomia para a criação de políticas públicas com alcance social sintonizadas aos anseios sociais. Outro argumento favorável a descentralização é que a esfera de poder local permite maior atendimento as demandas sociais e possibilita o acompanhamento das ações e políticas públicas por parte da sociedade, criando um ambiente favorável ao exercício da democracia.

Por outro lado, segundo Serra e Terra (2006) o aumento dos encargos sociais a cargo dos municípios e a recente tendência de recentralização de receitas exclusivas da união dificultam a sustentabilidade financeira dos municípios também potencializadas pela Lei Responsabilidade Fiscal. Terra, Oliveira e Givisiez (2006) afirmam que a maior parte dos municípios, por não apresentarem fontes de receitas próprias, dependem quase que exclusivamente dos repasses dos fundos de participação dos municípios – FPM.

Santos, Costa e Andrade (2000) ampliam esta questão afirmando que o critério de transferência de recursos dos fundos municipais privilegia os estados com maior número de municípios não levando em conta os que realmente precisam de complementação financeira às suas receitas próprias para equilibrar o orçamento.

Fugindo a tendência da maioria dos municípios brasileiros encontram-se aqueles que se beneficiam de rendas compensatórias vindas da exploração de recursos naturais como royalties e participações especiais que potencializam a criação de políticas redistributivas e um ambiente democrático que possibilite investimentos mais igualitários na cidade. (LIRA e MACIEL, 2013) É o caso de Campos dos Goytacazes que foi escolhida como alvo da pesquisa.

Neste contexto, A discussão sobre a democracia no âmbito da gestão municipal ganha novas dimensões ao se analisar alguns mecanismos de participação da sociedade como, por exemplo, os conselhos municipais,

(...) cuja orientação central é a busca do aumento da participação direta da sociedade na gestão municipal e da eficiência e da efetividade das políticas

Ainda assim, os próprios autores alertam para os riscos decorrentes deste processo sendo o mais crítico a possibilidade do conselho municipal se transformar numa estrutura burocrática formal, com agentes cooptados pelo executivo municipal.

Neste contexto, pretende-se neste artigo analisar como participam os atores, quais os mecanismos de controle utilizados no processo de participação, os mecanismos de poder assim como também a força política de determinadas questões.

2 | CANAIS DEMOCRÁTICOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Segundo Nunes (1991), as experiências inovadoras, no Brasil, em termos de participação popular e de gestão voltada para o social, ocorreram na segunda metade dos anos 70, ainda em plena ditadura militar. A partir da segunda metade da década de 1980, Lages, em Santa Catarina, Boa Esperança, no Espírito Santo e Piracicaba, em São Paulo, são algumas das prefeituras que vão inspirar um conjunto de experiências de política participativa que se desenvolverão no Brasil ao longo dos anos.

Os movimentos sociais representaram um papel central em todo esse processo. As práticas participativas deles oriundas (os Conselhos Populares de Saúde da Zona Leste de São Paulo, a Assembleia do Povo, de Campinas, o Conselho Popular do Orçamento, de Osasco) também colaboraram para o arcabouço de ações que motivaram as gestões municipais a implementar políticas mais inclusivas. (LIRA e MACIEL, 2013)

Além disso, houve experiências internacionais que tiveram influência no Brasil, principalmente ligadas a gestões locais com governos de esquerda. É o caso das prefeituras italianas geridas por representantes do partido comunista italiano e, um pouco mais tarde, na Espanha, a experiência de Barcelona que, a partir de 1979, teve sucessivas gestões de esquerda (PSOE- Partido Socialista Obrero Español), com grande sucesso administrativo e social (BORJA *apud* LESBAUPIN, 2000).

O fator preponderante para o surgimento de tais práticas participativas foi a insurgência, nas décadas de 1970 e 1980, de “novos atores sociais que resgataram o termo sociedade civil e inauguraram, através de um amplo processo reivindicativo, novas formas de práticas políticas e formatos de sociabilidade, fundados em bases mais igualitárias” (GECD, 1999, p.35)

Essa participação política, segundo Dias (2002), é o meio pelo qual o cidadão comum incorpora-se aos processos de formulação, decisão e implementação de políticas públicas, em outras palavras, a participação política é uma forma do indivíduo influenciar nas decisões políticas que são tomadas por seus representantes. Essa influência pode ser medida desde a pressão política realizada por protestos da opinião pública, incluindo a mídia, até a incorporação de demandas populares por meios de

canais institucionalizados entre o Estado e a Sociedade Civil.

Até o surgimento destas inovações, as práticas políticas, historicamente no Brasil, se pautavam, quase que exclusivamente, por esquemas populistas, clientelistas e por mecanismos de cooptação política. O primeiro sinal de ruptura com este modelo é a emergência dos Movimentos Sociais Urbanos (MSU) dos anos 1970. Segundo Scherer-Warren (1987), o desenvolvimento dos MSUs constituiu-se num marco de mudanças nas formas tradicionais de atuação das classes populares havendo uma separação entre o tradicional e o novo.

Neste cenário, o tradicional estaria, destacadamente, ligado às práticas políticas clientelistas das sociedades amigos de bairros (SABs) do final da década de 1940. Já o novo modelo de atuação das classes populares caracteriza-se por meio de uma atuação política baseada: *i*) na autonomia frente ao Estado e aos partidos políticos; *ii*) na negação e no combate às práticas clientelistas e às estratégias de cooptação política; *iii*) no enfrentamento direto com o poder público.

De acordo com Calderón (2008), os MSUs emergentes responsáveis por este novo modelo organizavam-se em torno da verificação do cumprimento dos acordos firmados com o poder público, tendo como instrumento de pressão frente aos governantes as mobilizações públicas quando da não consecução de tais compromissos. Tornaram-se assim,

(...) germens de irradiação de uma nova cultura política-democrática que redefiniu as relações Estado-sociedade civil, concretizadas na atuação de uma série de administrações municipais estaduais e municipais progressistas que, ao longo da década de oitenta, esboçaram novos padrões de relacionamento com as classes populares (CALDERÓN, 2008).

Os novos padrões institucionais de relacionamento entre a sociedade organizada e o Estado possibilitaram o surgimento de novos canais de natureza poliárquica, nos quais se destacam: o Orçamento Participativo e a criação dos Conselhos Municipais, esta última a partir da Constituição de 1988. Tais mecanismos possibilitaram não só aos movimentos sociais, mas também à sociedade organizada, uma forma de participação mais ampla, que alcançava, para além das negociações de bens públicos, as formulações de diretrizes para determinadas políticas públicas, bem como a interferência direta na alocação dos recursos municipais.

Em um país onde tradicionalmente se observa a hierarquização das relações sociais e a apropriação do público pelo privado, a criação destes espaços institucionalizados de interação revela-se fundamental para o fortalecimento da qualidade democrática e para construção de novos parâmetros que possibilitam a concepção de uma mudança na gramática política de até então.

A Constituição de 1988 é o marco histórico-político para entendermos a nova dinâmica da gestão municipal. A descentralização ocorrida no modelo federativo pós-constituição transferiu parte do poder decisório para instâncias menores,

especialmente os municípios, que, agora autônomos, enfrentam o desafio de gerir com seus próprios orçamentos (*lato sensu*) políticas públicas setorizadas advindas das novas competências constitucionais.

Ressalte-se que o conceito de descentralização utilizado neste trabalho segue o entendimento de Marta Arretche (1996, p.16):

“Descentralização” aqui significa genericamente a “institucionalização no plano local de condições técnicas para a implementação de tarefas de gestão de políticas sociais”. Assim, é indiferente se a descentralização da política sob análise toma a forma da estadualização e/ou da municipalização. A noção “local” estará, na verdade, referida à unidade de governo para a qual se pretende transferir atribuições.

A descentralização como transferência de competências referente ao pacto federativo, instituído pelo artigo 18 da Constituição Federal de 1988, encontra na autonomia dos entes federados a discricionariedade necessária à atuação de suas novas atribuições.

Essa autonomia assume quatro contornos essenciais: *i*) autonomia política – eleição direta para os cargos dos Poderes Executivo e Legislativo; auto-organização através da elaboração da própria lei de organização político-administrativa; impossibilidade de intervenção de outras esferas de governos, salvo em casos previstos na Constituição Federal; *ii*) autonomia administrativa – capacidade de organizar suas atividades, criar seus quadros de servidores, gerir e prestar os serviços de sua competência; *iii*) autonomia financeira – capacidade de gerir e arrecadar seus próprios tributos; *iv*) autonomia legislativa – capacidade para legislar sobre os assuntos de sua competência, seja ela privativa, exclusiva ou concorrente.

Dentro deste contexto, o tema acerca da gestão municipal e da democracia ganha novas dimensões quando se somam os recentes mecanismos de participação da sociedade organizada e os interesses que entram em conflito pelos recursos críticos, agora geridos pelos municípios. Em uma perspectiva normativa, os conselhos municipais se apresentam como uma das maiores mudanças institucionais da descentralização federativa,

(...) cuja orientação central é a busca do aumento da participação direta da sociedade na gestão municipal e da eficiência e da efetividade das políticas públicas que vêm sendo descentralizadas desde a segunda metade dos anos 80. (SANTOS JUNIOR, RIBEIRO E AZEVEDO, 2004, p.12)

Assim, os conselhos municipais por poderem atuar em certos setores de ação governamental como saúde, educação, direitos da criança e do adolescente, patrimônio cultural, desenvolvimento urbano entre outros, com o poder para formular propostas de programas e políticas públicas, assim como para fiscalizar o setor ao qual está envolvido (CUNHA, 1997, p.96), acabam se tornando, em certa medida, uma das referências:

(...) ao aperfeiçoamento e ao aprofundamento das instituições democráticas, com vistas a permitir sua operação nos interstícios eleitorais, acoplando aos mecanismos clássicos da representação formas institucionalizadas de participação política, que permitam a ampliação do direito de vocalização das preferências dos cidadãos e o controle público do exercício do poder (ANASTASIA e AZEVEDO, 2000,p.03).

Dentre as características observadas nos conselhos e que são importantes para o atendimento das expectativas sobre tais órgãos, pode-se citar “a sua função deliberativa ou consultiva, sua composição interna e seu grau de flexibilidade para incorporar novas representações coletivas” (CUNHA, 1997, p.96). Estes atributos sugerem maiores ou menores chances de êxito para a resposta ao desafio da democracia. Sob essa perspectiva, a participação e a representação são as variáveis em torno das quais as demais questões gravitam.

Conceitualmente, os conselhos municipais são órgãos públicos do Poder Executivo local (GOHN, 2001, p.11; AVRITZER, 2006, p.39). Segundo Di Pietro (2004,p.428), órgão público é “uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”. Por conseguinte, os conselhos municipais, no que tange ao resultado de suas deliberações, fazem com que as vontades, os interesses agregados ou consensualizados dos participantes, inseridos na arena de discussão, passem a ser a vontade do próprio Estado.

Deste modo, se os conselhos gestores são órgãos públicos, estes são, como conceitua Bucci (2002, p.329), “órgãos públicos de natureza *sui generis*”, uma vez que, apesar de as atividades dos conselhos darem-se em um contexto sócio-político de descentralização, eles acabam inseridos em outro processo, o de desconcentração, por meio do qual há a distribuição de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica, organizada hierarquicamente. “As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros” (DI PIETRO, 2004, p.349).

Ainda assim, Santos Junior, Ribeiro e Azevedo (2004) alertam para os riscos decorrentes deste processo sendo, o mais crítico, a possibilidade do conselho municipal se transformar numa estrutura burocrática formal, com agentes cooptados pelo executivo municipal.

Este cenário sinaliza que a simples existência dos conselhos não garante a sua eficácia. A promoção da experiência de participação e de gestão democrática das políticas públicas no âmbito local não é consequência natural da implantação dos conselhos. É fundamental que se perceba com clareza as dificuldades para a consolidação de espaços públicos verdadeiramente participativos.

Estas dificuldades se justificam, nas palavras de Teixeira (1999) referentes ao novo cenário democrático, pois “o coronelismo acaba se adaptando às novas estruturas gerenciais e às novas exigências democráticas, prevalecendo firme, sobrevivendo aos novos tempos políticos”. Ao longo do tempo as práticas políticas participativas

na vida pública assumiram diversas matizes no processo de interlocução Estado-sociedade organizada, a partir dos comportamentos políticos que também oscilavam entre processos de cooptação e representação democrática.

3 | O ESTATUTO DAS CIDADES E OS MECANISMOS PARTICIPATIVOS LOCAIS

Em 10 de julho de 2001 foi sancionado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso o “Estatuto das Cidades”, Lei nº 10.257 que tem como objetivo estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, como expõe o texto: “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (BRASIL,2001). Esse projeto resultou de um longo movimento social em prol de uma política urbana com gestão democrática. Os principais capítulos (e que também causaram mais polêmica) dessa lei tratam da função social da propriedade; da obrigatoriedade do estado em garantir aos cidadãos direitos urbanos e do desenvolvimento de uma gestão democrática da cidade.

No intuito da efetivação do Estatuto das Cidades foi criado em 01 de janeiro de 2003 o Ministério das Cidades, órgão responsável por superar o recorte setorial das políticas urbanas. De acordo com texto da Controladoria Geral da União:

A criação do Ministério das Cidades constituiu um fato inovador nas políticas urbanas, na medida em que superou o recorte setorial da habitação, do saneamento e dos transportes para integrá-los levando em consideração o uso e a ocupação do solo. Sua estrutura constitui hoje um paradigma, não só em território brasileiro, mas como em toda a América Latina. Outro aspecto fundamental de sua criação está na busca da definição de uma política nacional de desenvolvimento urbano em consonância com os demais entes federativos (Municípios e Estados), demais Poderes do Estado (Legislativo e Judiciário) além da participação da sociedade, visando a coordenação e a integração dos investimentos e ações nas cidades do Brasil.(CGU,p.1)

Esse entendimento é compartilhado por Maricato (2007), para a autora as estruturas administrativas urbanas do Brasil eram carentes, deficientes e fragmentadas e precisavam passar por reformas que redefinissem atribuições operacionais na tentativa de aproximar as políticas urbanas da realidade urbana brasileira.

Junto ao Ministério, foi elaborada a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano (PNDU) que define diretrizes para a participação da sociedade civil no planejamento urbano regulamentando o que já estava previsto no Estatuto das Cidades. Como vimos, a importância do Estatuto está também em estabelecer os mecanismos para uma gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade. O estatuto prevê essa participação na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Como exposto no Art.43. para a

gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados os seguintes instrumentos :
I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
II – debates, audiências e consultas públicas; III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Em 26 de maio de 2006 entrou em vigor o Decreto nº 5.790 que regulamenta os Conselhos das Cidades - ConCidades, órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante da estrutura do Ministério das Cidades, que tem por finalidade estudar e propor as diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, bem como acompanhar e avaliar a sua execução. Entretanto, a formação do ConCidades é anterior a este decreto, ele teve início com a 1ª Conferência das Cidades realizada em 2003. Essa Conferência teve como objetivo definir as diretrizes da criação do ConCidades dando-lhe atribuições, estrutura e composição, assim como também realizar as votações dos membros titulares e suplentes do Conselho. Todavia, a criação do ConCidades estava condicionada a uma medida provisória, além desse não possuir caráter deliberativo, sendo apenas consultivo. Em pesquisa realizada junto aos conselheiros Bernhardt (2009, p.41) atenta:

Apesar de um nítido desenvolvimento em prol da participação da sociedade na elaboração das políticas públicas urbanas, muitos conselheiros levantam a questão do caráter do Conselho. Por não ter caráter deliberativo e apenas consultivo, seu real poder dentro da estrutura de decisões é questionada.

Com o Decreto nº 5.790, o cenário muda, o ConCidades torna-se deliberativo, fator relevante no que tange a uma democracia participativa. Como expõe Fedozzi *et al* (2012, p.25)

Ora, em princípio, o resultado de uma deliberação deve atender a dois critérios: fidelidade e univocidade. Por um lado, deve refletir do modo mais fidedigno possível todo o processo que o precedeu. Por outro, sua conclusão precisa ser suficientemente clara e inequívoca de modo a poder comunicar eficazmente, ao público externo, os resultados alcançados.

Ele acrescenta ainda o pensamento de Conhen (1989, p.19) “que entende a deliberação como um modelo ideal do qual as instituições devem tentar se aproximar” (*apud* FEDOZZI *et al*, 2012, p.26). O caráter deliberativa constitui a efetivação do modelo de democracia participativa, para Fedozzi *et al* é possível vislumbrar o impacto das mudanças das instituições formais na prática política, nas identidades, valores, poderes e estratégias.

Por outro lado, os estudos realizados têm demonstrado um distanciamento entre aquilo que é proposto e o que de fato é efetivado no que tange a participação da sociedade na gestão pública.

O objeto de estudo dessa pesquisa retrata bem esse distanciamento, apesar de haver uma indicação do Ministério das Cidades quanto a criação e efetivação do ConCidades, no Município de Campos dos Goytacazes a criação do ConCidades ainda não é uma realidade, apesar da ocorrência das Conferências Municipais das Cidades (fórum dedicado a eleição dos conselheiros) o consenso sobre a criação e eleição dos membros do ConCidades ainda não foi estabelecido.

4 | A POLÍTICA URBANA EM CAMPOS DOS GOYTACAZES

O Município de Campos dos Goytacazes está situado na Região Norte do Estado do Rio de Janeiro, sendo o maior município fluminense em área territorial. De acordo com o censo de 2010 (IBGE) Campos dos Goytacazes tem uma população de 463.731 habitantes.

Por ser o maior município das regiões norte e noroeste fluminense, Campos ocupa um papel de grande relevância para o desenvolvimento do interior do Estado do Rio de Janeiro, ela é considerada uma cidade com inúmeras fontes de oportunidades e de condições de progresso, em diversas atividades setoriais, desde as do setor primário até o setor terciário, perpassando pelos polos universitários, do setor sucroalcooleiro até o petróleo, combustível que sustenta não só a condição de vida de diversos munícipes, mas também da administração pública municipal que, por sua vez, recebe uma arrecadação vultosa dos chamados royalties da exploração do petróleo. Todavia, a imagem que se projeta em diversos cantos da região, senão a nível nacional, é da existência de um oásis de prosperidade econômica que motiva diversas pessoas a um êxodo regional rumo a uma cidade que, se por um lado guarda oportunidades nos setores de construção civil, petrolíferos, serviços e formações acadêmicas das mais diversas, por outro guarda uma relação de periferização que vem crescendo nos últimos anos (PIQUET, 2003).

Apesar do grande montante de recurso que Campos recebe, em 2012 recebeu de royalties e participações especiais R\$1.354.233.313,47 (Inforoyalties, 2013), o município não é nenhum exemplo de qualidade de vida, os indicadores sociais sinalizam para graves problemas, como o da educação. Em 2011 Campos ficou em último lugar no Estado na nota do IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica). Estudos (PIQUET, 2003) demonstram que o recebimento de recursos não reverbera em melhorias concretas para a população, o mau uso dos recursos públicos é frequentemente propalado na mídia e em outros canais de comunicação.

Em relação ao desenvolvimento urbano, o debate se inicia na construção de um novo Plano Diretor para cidade, o último é de 2007. Conforme estabelecido nas diretrizes da construção do Plano Diretor esse deve ser construído mediante a participação da sociedade civil. Em Campos a sociedade civil no que tange as questões urbanas está organizada por meio dos Conselhos Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo; de Habitação e de Transportes. Todavia, apesar da indicação

do Ministério das Cidades para a criação do Conselho Municipal das Cidades, no Município de Campos, apesar de haver um movimento em prol da criação desse Conselho, ele ainda não foi efetivado.

A 5ª Conferência Municipal das Cidades realizada nos dias 28 e 29 de maio de 2013 foi o palco do embate da polêmica construção do ConCidades no Município. A 5ª Conferência Municipal das Cidades teve como tema “Quem muda a cidade somos nós: Reforma Urbana já!” e foi realizada como etapa preparatória para a Conferência Nacional. Em Campos a Conferência foi organizada pelos secretários municipais de Meio ambiente Wilson Rodrigues Cabral Filho, que presidiu o evento, e pelo Secretário de Planejamento e Gestão Fábio Augusto Viana Ribeiro e contou com a participação de representantes da sociedade civil, das associações de classe, partidos políticos e membros de instituições acadêmicas, assim como também de outros representantes do governo.

Nesse ínterim, alguns participantes utilizaram a realização da 5ª Conferência para postular a efetivação do ConCidades através da posse dos membros que foram eleitos na conferência anterior. Na 4ª Conferência Municipal das Cidades houve uma eleição para o ConCidades, todavia, essa eleição está envolvida numa forte polêmica. Por um lado, as pessoas que foram eleitas pleiteiam a posse no ConCidades, por outro, temos o poder público Municipal deslegitimando essa eleição alegando que a mesma ocorreu quando a plenária estava esvaziada não tendo quorum suficiente para eleição.

Todavia, ficou clara a posição do poder público municipal em não dar posse aos conselheiros, assim como também não efetivar o ConCidades. Outra alegação do poder público é que os Conselhos Municipais de Meio Ambiente e Urbanismo, Habitação e Transportes já efetivados serviriam como substitutos do ConCidades.

Em contrapartida, os representantes que foram eleitos conselheiros na conferência anterior pleiteavam que se fosse feita outra eleição durante a 5ª Conferência. Entretanto, como eles haviam impetrado uma ação na justiça para que fosse dada a eles a posse, os representantes do governo determinaram que a nova eleição ficasse suspensa até decisão judicial. Isso posto, analisamos que apesar de haver um movimento por parte da sociedade civil em participar, os canais de participação estão restritos. Como colocado, há no município os Conselhos de Meio Ambiente e Urbanismo, Habitação e Transportes. Desses três Conselhos o único que está de fato em funcionamento é o de Meio Ambiente e Urbanismo, os demais apesar de existirem legalmente não existem na prática. Os conselheiros não se reúnem, não participam, fato este comprovado durante a 5ª Conferência, na qual a participação dos membros desses Conselhos não foi observada.

O Conselho de Meio Ambiente e Urbanismo apesar de estar em funcionamento encontra-se cooptado. Percebe-se que a existência e permanência deste conselho no cenário local tem como base o interesse do município em manter uma entidade que respalde as suas ações e iniciativas políticas comumente questionadas pelo

Ministério Público e/ou Tribunal de Contas. A certeza do endosso das ações públicas por parte do conselho se dá em função da fragilidade da estrutura deste órgão que, conforme Lira (2012), apresenta a maioria dos conselheiros com potencial significativo de cooptação. Em alguns casos os que apresentam baixo potencial de cooptação estão alheios aos debates mais técnicos por desconhecimento da área temática do conselho.

Esta capacidade de articulação e poder do município no âmbito deste conselho é evidenciado por meio de um caso que retrata uma das poucas vezes em que o Conselho de Meio Ambiente de Campos pareceu ter uma atuação eficiente (porém não isenta) relacionada a construção de uma ponte localizada no centro da cidade que ficou conhecida como ponte “Rosinha”. O conselho se posicionou contra a construção do empreendimento de iniciativa do governo do estado alegando localização inapropriada. A governadora na ocasião era a atual prefeita do município, Rosinha Garotinho (que deu nome a ponte) e o prefeito municipal do período do impasse era um desafeto político, Arnaldo Vianna. A articulação do governo municipal junto ao conselho de meio ambiente conseguiu paralisar as obras por alguns meses até que o governo estadual ganhasse na justiça a autorização para continuar a obra.

Este exemplo denota claramente que o conselho possui potencial de funcionamento alinhado a sua finalidade original, mas este depende das “intenções democráticas” e interesses do Executivo Municipal que coordena os mecanismos decisórios participativos locais possuindo, desta forma, poder para interferir por meio da cooptação impactando diretamente no conjunto de liberdades que asseguram o exercício dos direitos de cidadania, comprometendo o processo democrático. No município, a força política do governo é proporcional a sua capacidade de cooptação, assim quanto maior a cooptação mais recursos para manter o controle de suas bases.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção da experiência de participação e de gestão democrática das políticas públicas, no âmbito local não é consequência natural da implantação dos conselhos, ou seja, apesar de se constituir em um avanço no tocante a democracia a simples existência dos conselhos municipais não garante a sua eficácia. Assim, é fundamental que se perceba com clareza as dificuldades para a consolidação de espaços públicos verdadeiramente participativos sendo o risco mais crítico decorrente deste processo, a possibilidade do conselho municipal existir somente em lei como no caso do ConCidades e do Conselho de Habitação não funcionando na prática ou ainda se transformar numa estrutura burocrática formal, com agentes cooptados pelo executivo municipal como no caso do Conselho de Meio Ambiente de Campos.

O objeto de estudo alia-se a análise da participação popular como desafio para efetivação de uma gestão democrática no Município de Campos dos Goytacazes.

Apesar das diretrizes colocadas no Estatuto da Cidade, a participação da sociedade civil é objeto de controvérsias. Quando não, a criação de fóruns colegiados é objeto de disputas e controle por parte do poder público. A não efetivação do ConCidades é um importante exemplo de como o poder público age em relação aos canais de participação na gestão das questões urbanas.

Tendo em vista o vultoso orçamento do Município, observamos que nesse contexto as disputas e a luta pelo controle desses recursos ficam evidentes, por um lado, temos o poder público “maquiando” uma situação de transparência e gestão democrática, e por outro, membros da sociedade civil aliados da participação e do debate sobre o uso dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, M.T.S. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, nº 31, ano 11, junho de 1996.

AVRITZER, L. *Reforma política e participação no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.

AZEVEDO, S; ANASTASIA, F. Governança, accountability e responsividade: reflexões sobre a institucionalização da participação popular em experiências desenvolvidas e Minas Gerais. In: *Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política*, 2, PUC/São Paulo, nov. 26 p. 2000.

BUCCI, M. P. D. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, A. A.; FERRAZ, S. (orgs.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, p. 322-341. 2002.

CALDERÓN, A. I. Conselhos Municipais: representação, cooptação e modernização da política patrimonialista. In: SOUZA, D. B. *Conselhos Municipais e Controle Social da Educação*. São Paulo: Xamã. 2008.

CUNHA, F. S. Patrimônio cultural e gestão democrática em Belo Horizonte. In: *Varia Historia*. Belo Horizonte, n. 18, Set, p.83-98. 1997.

DIAS, M. R. Sob o signo da vontade popular. O Orçamento Participativo e o dilema da Câmara Municipal de Porto Alegre. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2002.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

GECD – Grupo de Estudos sobre a Construção Democrática. *Os movimentos Sociais e a Construção Democrática: Sociedade Civil, Esfera Pública e Gestão Participativa*. Idéias – Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. São Paulo, 1999.

GOHN, M, G. Papel dos conselhos gestores na gestão pública. São Paulo: Informativo CEPAM, ano I, n.3, p. 07-17. 2001.

LESBAUPIN, I. *Poder Local x Exclusão Social. A experiência das prefeituras democráticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

LIRA, R. A. *Representação, Participação e Cooptação nos Conselhos Municipais em Campos dos Goytacazes*. Tese de Doutorado (Sociologia Política) UENF/RJ: 2012.

LIRA, R. A; MACIEL, F. B. *Representação, participação e cooptação no Conselho Municipal de Meio*

Ambiente em Campos dos Goytacazes/RJ. Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, Paraná, v. 2 , n. 1 , p. 72-85 , jan./jun., 2013.

NUNES, E. A gramática política do Brasil. clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro, Zahar, 1999.

NUNES, F. ANASTASIA, F. A reforma da representação. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (orgs.). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Editora da UFMG, p. 17-33. 2006.

PIQUET, Rosélia. Da Cana ao Petróleo: uma região em mudança. In PIQUET, Rosélia (org.) Petróleo, Royalties e Região. Petrópolis :Garamond, 2003, p. 219.

PUTNAM, R. D. Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.

SANTOS, A. M. P.; COSTA, L. S. ANDRADE, T. A. Federalismo no Brasil: análise da descentralização financeira da perspectiva das cidades médias. Disponível em:

<<http://www.nemesis.org.br/docs/thomp7.pdf>> Acesso em: 12-out-2006 In: NEMESIS, Núcleo de Estudos e Modelos Espaciais Sistêmicos.

SANTOS JUNIOR, O.A.; RIBEIRO, L. C. Q. AZEVEDO, S. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: _____. (orgs). Governança democrática e poder local. A experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

SCHERER-WARREN, I. O caráter dos novos movimentos sociais. In: SCHERER-WARREN, I.; KRISCHKE, P. J. (Org.) Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina. São Paulo: Brasiliense, 1987.

SCHUMPETER, J. A. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro : Fundo de Cultura. 1961.

SERRA, R. V.;TERRA, D. C. T. Notas sobre a região petro-rentista da Bacia de Campos. In: CARVALHO, A. M e TOTTI, M. E. F. Formação Histórica e Econômica do NorteFluminense. Rio de Janeiro: Garamond, 2006. p.275-307.

TEIXEIRA, M. A. Voto e Clientelismo na cidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais). PUC-SP. São Paulo: 1999.

TERRA, D. C. T.; OLIVEIRA, E. L.GIVISIEZ, G. H. N. Os Municípios novos ricos do petróleo são mais solidários com sua população?Disponível em <http://www.royatiesdopetroleo.ucam-campos.br> acesso em 05/09/07.

BRASIL. Controladoria Geral da União <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BGU/2003/Volume1/V23%20-%20MCID.pdf>

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE SEUS PRECEITOS PARA SE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA

Marcela Abreu Dias

FAVIÇOSA/UNIVIÇOSA

Viçosa-MG

Ângela Barbosa Franco

FAVIÇOSA/UNIVIÇOSA

Viçosa-MG

RESUMO: A pesquisa asseverou que o papel da negociação coletiva é harmonizar as normas para adequar os direitos trabalhistas de disponibilidade relativa à realidade econômica e social do mercado de trabalho. A investigação pautou-se na vertente jurídico dogmática e deduziu que a Reforma Trabalhista, ao vislumbrar a valorização dos instrumentos coletivos de trabalho, desconheceu o fato que o processo negocial possui limites. Ele deve se pautar apenas em direitos de indisponibilidade relativa e na reciprocidade para a construção de normas entre os sujeitos envolvidos. Também é importante advertir os efeitos decorrentes da Lei nº 13.467/17 na atuação do sindicato dos trabalhadores. Este, sem fonte de receita obrigatória, conta com poucos associados e encontra-se fragilizado para defender os interesses da classe profissional. Com base nesse contexto, a pesquisa defendeu que o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, para ter efetiva aplicabilidade e efetividade, deve compatibilizar

as tratativas entre empregadores e empregados com harmonia, sem transacionar os direitos indisponibilidade absoluta. Somente nesse viés o mínimo essencial estruturante do Direito do Trabalho e a eficácia do preceito constitucional da dignidade no trabalho ficariam preservados.

PALAVRAS-CHAVE: Representatividade sindical, retrocesso social, relativização da norma mais favorável, validade do negócio jurídico, valorização do negociado sobre o legislado

THE PRINCIPLE OF NEGOTIATED
SECTORAL ADEQUACY AND A NECESSARY
OBSERVANCE OF ITS PRECEDENTS TO
GIVE EFFECTIVENESS TO THE PRINCIPLE
OF MINIMUM INTERVENTION IN THE
AUTONOMY OF THE COLLECTIVE WILL

ABSTRACT: The research assevered that the role of collective bargaining is to harmonise the norms to adapt the labor rights of availability of the economic and social reality of the labour market. The research was based on the dogmatically legal strandand deduced that the labour reform, when they envisage the valorization of the collective instruments of work, they did not know the fact that the negotiating process has limits. It should be based solely on rights of relative unavailability and reciprocity for the construction of norms among the subjects involved. It is also important to warn the effects

of Law nº 13.467/17 in the work of the workers union. Workers Union, without mandatory source of revenue, has few associates and is fragile to defend the interests of the professional class. Based on this context, the research argued that the principle of minimal intervention in the autonomy of collective will, to have effective applicability and effectiveness, it should harmonize the treatment between employers and employees with harmony, without transitioning the absolute unavailability rights. Only in this bias is the minimum essential structuring of labour law and the effectiveness of the constitutional precept of dignity at work would be preserved.

KEYWORDS: Trade union representativeness, social backlash, relativization of the most favorable norm, validity of the legal business, valuation of the negotiated on the legislated

1 | INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico trabalhista vive um momento de intensa flexibilização e desregulamentação de suas fontes com o advento da Lei nº. 13.467/17. Essa tem como esboço a valorização dos instrumentos coletivos de trabalho e, no âmbito individual, também a possibilidade do empregado e do empregador, sem interferência estatal ou sindical, negociar livremente. Os direitos da classe obreira passam a ser basicamente assegurados pelos sindicatos, despojados da contribuição sindical obrigatória e capazes de ajustar condições de trabalho piores sem contrapartida patronal. Além disso, o mencionado diploma legal ignora a desigualdade entre os contratantes, ao permitir à parte hipossuficiente da relação de emprego ajustar cláusulas contratuais diretamente com quem se encontra juridicamente subordinado. Nesse viés, a pesquisa objetivou ressaltar que a autonomia da vontade coletiva deve se harmonizar aos preceitos do princípio da adequação setorial negociada.

2 | MATERIAL E MÉTODOS

A investigação adotou a vertente jurídico-dogmática, exploratória das consequências da Reforma Trabalhista sobre critérios de harmonização entre as normas advindas de negociação coletiva e as normas provenientes da legislação. Assim, a partir da investigação de fontes secundárias e de um processo mental dedutivo, utilizou os preceitos limitadores do princípio da adequação setorial negociada para asseverar que o princípio da intervenção mínima na vontade coletiva deve observá-los.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Por meio da Lei nº. 13.467/17 (BRASIL, 2017a), o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva torna-se um novo comando jurídico norteador da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), contudo, o ordenamento jus laboral depara-se com a incoerência dos dispositivos que estipulam a negociação, diante dos fundamentos consolidados pelo princípio da adequação setorial negociada.

O princípio da adequação setorial negociada, capitaneado por Delgado (2018), assevera que os acordos e convenções coletivas sobressaem à lei, desde que as normas acertadas indiquem padrão setorial normativo superior ao estatal e alterem apenas normas de indisponibilidade relativa. No que concerne às regras de indisponibilidade absoluta, como as relativas à proteção e à saúde do trabalhador, devem ser preservadas e jamais flexibilizadas (DELGADO, 2018).

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, expressamente citado no art. 8º, §3º, da CLT (BRASIL, 2017a), dispõe que os acordos coletivos de trabalho (ACT) e as convenções coletivas de trabalho (CCT) prevalecem sobre a lei. Nesse aspecto, a Justiça do Trabalho deve se ater exclusivamente à conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, ou seja, agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável e forma prescrita em lei. Deduz-se, portanto, que a reforma incutida no texto celetista limita a exegese das normas coletivas pelo Poder Judiciário, determinando uma mera análise da forma e não ao conteúdo (CORREIA, 2018).

No bojo da CLT há quinze incisos arrolados pelo art. 611-A, provenientes da Lei nº. 13.467/17 (BRASIL, 2017a), com temáticas multidimensionais, que podem ser ajustados por negociação coletiva. Todos visam ampliar as possibilidades de transação das condições de trabalho diversamente ao que expressamente a legislação heterônoma autoriza. Além do mais, o §2º, do art. 611-A, da CLT (BRASIL, 2017a, online) assevera que: “A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”. Sob essa perspectiva, exime os agentes envolvidos de promover ajuste bilateral, ou seja, não se faz necessária a existência de compensação recíproca de direitos ou obrigações em busca de uma negociação equilibrada e coerente. Ainda que a Carta Maior (BRASIL, 1988) reconheça os acordos e as convenções coletivas de trabalho (artigo 7º, XXXVI, da CF/88), há de se ressaltar que o art. 611-A da CLT (BRASIL, 2017a) extrapola os limites adstritos ao princípio da adequação setorial negociada. Nota-se nitidamente tal asserção nos incisos XII e XIII do artigo 611-A da CLT (BRASIL, 2017a), permissores do enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, mediante negociação coletiva, inclusive sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. Apesar do inciso XIII se encontrar revogado pela Medida Provisória 808/17 (BRASIL, 2017b), a impropriedade do texto se mantém, já que o referido inciso XII

absorve parte da redação do inciso XIII e, ao arrepio dos preceitos protetivos ao trabalhador, dispensa a autorização do órgão competente em locais onde a saúde do trabalhador encontra-se vulnerável. Como salientado, as questões ligadas à saúde do empregado são de indisponibilidade absoluta e não podem ser ajustadas por entes coletivos. Afinal, estão “imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional” (DELGADO, 2018, p. 1.567). Portanto, essa nova asserção legal, em sua literalidade, não valoriza o trabalhador como ser humano nem respeita seu bem indisponível à integridade física, já que o labor em área insalubre pode se intensificar com o tempo de exposição ao agente agressivo (CASSAR, 2018).

Outro exemplo de insensatez que a Reforma Trabalhista concebe encontra-se no parágrafo único, do art. 611-B, da CLT (BRASIL, 2017a, online): “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”. Nesse aspecto, o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva novamente interfere em regras respeitantes à saúde, especificamente na preservação da higidez física e mental do trabalhador. O lapso temporal destinado ao intervalo intrajornada de no mínimo uma hora, para trabalhadores com jornada superior a seis horas, prescrito pelo art. 71 da CLT (BRASIL, 1943), pode ser reduzido para trinta minutos via instrumento normativo coletivo. Tal possibilidade, estampada no art. 611-A, III, da CLT (BRASIL, 2017a,), compromete o direito de desconexão do trabalhador cujo objetivo é a recuperação das energias físicas e mentais despendidas com o trabalho. Afirmar que o intervalo intrajornada não consiste em uma regra de proteção à saúde e à segurança no trabalho tornase absolutamente ilógica e desarrazoada.

Assim, enquanto o princípio da adequação setorial negociada busca um equilíbrio entre a lei e as negociações coletivas, o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva determina a prevalência de normas, os acordos e convenções, sobre a outra, a lei. Esse conflito, permissor do acordado sobre o legislado, sugere uma atuação contrária aos interesses da classe profissional e inclusive permite a alteração das normas de indisponibilidade absoluta que jamais poderiam ser tratadas como regras dispositivas. Ademais, não se deve ignorar o fato de o sindicato, sem fonte de receita obrigatória e com poucos associados, ficar submisso ou a mercê do poder econômico patronal. A contribuição sindical, nos moldes da nova redação dada ao art. 545 da CLT (BRASIL, 2017a), não é mais imperativa o que compromete a sobrevivência e atuação do ente coletivo que não possui uma quantidade razoável de associados. Como se não bastasse, o art. 620 da CLT (BRASIL, 2017a) é modificado para determinar a prevalência do acordo coletivo independentemente de ser mais benéfico do que a convenção coletiva.

A Reforma da CLT, ao mesmo tempo, dá ensejo a acordos firmados diretamente entre empregador e empregado, como se vislumbra nos §5º e §6º do art. 59

(BRASIL, 2017a) e §2º do art. 59-A (BRASIL, 2017b). Trata o trabalhador como parte hipersuficiente na relação de trabalho, conforme suscita o parágrafo único do art. 444 (BRASIL, 2017a), para que esse tenha liberdade ao pactuar cláusulas contratuais. Ocorre que o empregado é a parte hipossuficiente na negociação trabalhista e não há como se desvencilhar dessa condição diante da realidade sócio econômica do país com alta taxa de desemprego (IBGE, 2017).

Atribuir poder às negociações para suprimir ou reduzir normas heterônomas ou transacionar direitos de indisponibilidade absoluta representa a desfaçatez dos princípios da norma mais favorável ao trabalhador, da proteção ao empregado, da imperatividade das normas, dentre outros, que asseguram o trabalho digno. O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, para ter efetividade, deve compatibilizar suas tratativas nos moldes do princípio da adequação setorial negociada. Somente nesse viés o mínimo essencial estruturante do Direito do Trabalho e a eficácia do preceito constitucional da dignidade no trabalho são preservados.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva apenas pode atuar quando a flexibilização dos direitos do trabalhador se harmonizar com a permissibilidade da norma heterônoma estatal concernente aos direitos de indisponibilidade relativa e com contrapartidas recíprocas, jamais transgredindo direitos de indisponibilidade absoluta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017a. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, 14 ju1. 2017. Disponível em: Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória 808**, de 14 de novembro de 2017b. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo DecretoLei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da União, 14 nov. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 05 fev. 2018. CASSAR, Voila. Comentários à Reforma Trabalhista. Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017. 15ª ed. Método, 2018.

CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018. IBGE. Disponível em: . Acesso em: 17 mar. 2018.

IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/19756-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-11-8-no-trimestre-encerrado-em-dezembro-e-a-media-de-2017-fecha-em-12-7.html>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. INTERESSE DIFUSO. PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS DE FINANCIAMENTO

Jean Colbert Dias

UNICURITIBA

Curitiba, Paraná

RESUMO: O presente artigo científico trata das Parcerias público-privadas instituídas pela Lei nº. 11.079/2004, com foco especial no aspecto da constituição das garantias contratuais que geram ao parceiro público e ao parceiro privado a necessária segurança jurídica e confiança no cumprimento do contrato. Este artigo dará enfoque ao modelo de Parceria público-privada na área de iluminação pública e seus efeitos positivos para fins de preservação e conservação do meio ambiente, como cenário ideal para captação de garantias, por parte do parceiro público, junto a organismos internacionais de crédito.

PALAVRAS CHAVE: Parceria Público-Privada; Segurança Jurídica; Constituição de Garantias; Crédito; Organismos Internacionais.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP. INTEREST DIFFUSION. PROVISION OF GUARANTEES BY INTERNATIONAL FINANCING BODIES

ABSTRACT: This scientific article deals with Public-Private Partnerships established by Law no. 11.079 / 2004, with special focus on the constitution of the contractual guarantees

that generate to the public partner and the private partner the necessary legal certainty and confidence in the fulfillment of the contract. This article will focus on the model of public-private partnership in the area of public lighting and its positive effects for the preservation and conservation of the environment, as an ideal scenario for obtaining guarantees from the public partner, with international credit organizations.

KEYWORDS: Public-private partnership; Legal Security; Constitution of Guarantees; Credit; International Organizations.

1 | INTRODUÇÃO

Aflora a cada dia a crise política instalada no país, gerando fortíssimos reflexos econômicos tanto nas finanças públicas como impactos na economia privada. Devido a esses problemas, especialmente o alto comprometimento do orçamento público com a previdência, despesas com pessoal e o efetivo custeio da manutenção da estrutura pública, que consomem quase a totalidade da previsão orçamentária e financeira dos entes públicos, resta muito pouco para investimentos em obras e serviços.

Se mostra necessária a busca por investimentos privados para fomentar e

estruturar serviços e obras públicas, notadamente oferecendo ao setor privado nacional e ao capital estrangeiro a necessária segurança jurídica para investir em infraestrutura e serviços públicos.

Precisas ser agregado ao ideal das empresas nacionais e estrangeiras a plena confiança jurídica na relação público-privada, desde que as regras do jogo se tornem claras e hajam garantias palpáveis que os contratos se manterão estáveis e não sujeitos às intempéries políticas e jurídicas.

O Congresso Nacional, pensando nisso, aprovou no ano de 2004 a Lei Federal nº. 11.079, que trata das Parcerias Público-Privadas, legislação esta inspirada no modelo do Reino Unido, que funciona regularmente desde o ano de 1992, com inúmeros exemplos de sucesso.

As parcerias público-privadas começaram a se multiplicar no Brasil, com destaque para os projetos de iluminação pública e obras de infraestrutura, porém, a grande dificuldade está exatamente no atingimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, especial quando se precisa confeccionar as garantias contratuais.

Neste sentido, este artigo analisará as alternativas para constituição das garantias contratuais que devem ser prestadas pelo parceiro público em detrimento dos investimentos a serem alavancados pelo parceiro privado, focando nas garantias oriundas de organismos internacionais de crédito que não se resumam exclusivamente a fatores e riscos estritamente financeiros, mas em critérios mais abrangentes, como a preservação e conservação do meio ambiente como contrapartida ao financiamento obtido pelo Poder Público.

2 | NECESSIDADE DE ATRAIR O INVESTIDOR PRIVADO

Está evidenciado que o Poder Público perdeu paulatinamente sua capacidade de investimento, pois a cada dia que passa as dívidas públicas aumentam em grau desesperador, enquanto as finanças públicas mal conseguem acompanhar a inflação real, situação que obriga o gestor público a inchar cada vez mais a carga tributária e previdenciária que já sufoca o setor privado, inclusive gerando o caos no Regime Geral da Previdência, que já opera infelizmente em claro regime de caixa, não existindo reservas para fazer frente as despesas previdenciárias que crescem sem controle.

Apesar deste quadro de crise político-econômico instalado, vislumbra-se que existe no setor privado recursos suficientes para investimentos em obras e serviços de qualidade que não estão sendo operados ou estão sendo mal executados pelo Poder Público, no entanto, não há confiança plena do setor privado nacional e especialmente dos grandes investidores estrangeiros em aplicar maciçamente recursos financeiros para alavancar grandes projetos em benefício da coletividade, ainda, representar lucros ao setor privado e desvelar de vez a falsa impressão que empresas que aceitam executar serviços e obras públicas não podem visar resultados

lucrativos e prosperidade.

Existe claramente uma falsa noção cultural de que empresas que possuem contratos públicos estão mais sujeitas à corrupção e negócios escusos, gerando em certa parcela do empresariado nacional e na maioria dos investidores estrangeiros receio de contratar com o Poder Público.

Existem fartos recursos financeiros no setor privado nacional e estrangeiro à espera de bons projetos para execução, faltando estabelecer o próximo passo que é o de convencimento do setor privado que há segurança jurídica em se estabelecer uma parceria entre o setor público e o privado sem máculas ou lacunas jurídicas.

Dentre as várias formas de se buscar o capital privado para serviços e empreendimentos públicos, destaca-se a parceria público-privada, onde há a comunhão de esforços do Poder Público com a iniciativa privada para fins de execução de serviços e/ou consecução de obras públicas, que sem o capital privado não passariam da imaginação e das pranchetas dos idealistas, por isso, a necessidade do aprofundamento do estudo sobre este instituto jurídico, que pode ser utilizado como mola propulsora para o crescimento do país, desde que devidamente regulamentado e que não só transpareça segurança jurídica, mas que efetivamente o marco regulatório gere ao investidor nacional e estrangeiro a certeza que não irá perder capital e entrar em infundáveis batalhas judiciais com o Poder Público.

3 | AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A criação da nova modalidade de consecução de obras e serviços públicos em parceria com a iniciativa privada, no Brasil conhecida como Parceria público-privada (PPP), surgiu em 1992 no Reino Unido, sendo lá denominado *project finance initiative* (PFI), e posteriormente chamado de *public-private partnerships* (PPP).

Logo em seguida este modelo irradiou-se pelo mundo, como maior velocidade pela Europa, alcançando países como França (*marche d`enterprise de travaux publics* - METP), Portugal, Itália, Espanha, Austrália, África do Sul, Irlanda, dentre outros.

O surgimento das parcerias público-privadas no âmbito internacional, tal como ocorreu no Brasil, não foi um evento repentino ou casuístico, mas sim fruto de uma longa evolução do Estado, desde a Revolução Francesa até a contemporaneidade.

A criação dessa nova forma de planejar e executar serviços e obras públicas originou-se da necessidade premente de criação de mecanismos legais que permitissem aos entes públicos, por intermédio de parcerias celebradas com a iniciativa privada, implantar ou mesmo reestruturar a infraestrutura básica e os serviços prestados à população, objetivando melhorar a qualidade dos serviços e promover o bem-estar social.

O modelo internacional deixou evidente que um dos ingredientes para o sucesso das Parcerias Público-Privadas é um sistema legislativo estável e que favoreça a sua

criação e desenvolvimento.

Outro fator determinante é assegurar ao Poder Público a capacidade de cumprir com obrigações que foram balizadas no projeto da parceria, muitas delas que ultrapassam até as possibilidades do Poder Público, gerando certeza ao setor privado que em caso de rompimento da parceria haveria a equalização dos prejuízos e a devida compensação, inclusive o que deixou de ganhar.

Nesta linha de intelecção que este trabalho pretende se desenvolver, ou seja, demonstrar que sem que haja a criação de um ambiente favorável e seguro do ponto de vista jurídico e financeiro, onde o Poder Público deverá apresentar garantias necessárias e suficientes para arcar não só com eventuais prejuízos como para cobrir lucros cessantes do parceiro privado em caso de rompimento ou o surgimento de fatores imprevisíveis no transcorrer do tempo.

Recentemente na França houve a inclusão em Projetos desta natureza de uma cláusula denominada “preservação do equilíbrio econômico”, com a previsibilidade de riscos extraordinários, que obrigam as partes a renegociar os termos do contrato a fim de restabelecer a situação financeira anterior a qualquer ação tomada unilateralmente por uma das partes que tenha causado forte impacto no equilíbrio econômico do contrato.

Através desta cláusula contratual, na França, as partes concordam que o desequilíbrio lastrado em alterações de ordem econômica, financeira, legal, tributária ou social, quedarão em comunhão de esforços para devolver o equilíbrio original do contrato, em suma, é uma concordância que a parceria não pode estar estruturalmente desequilibrada, cujo equilíbrio pode resultar em eventuais prorrogações contratuais, ajustes de tarifas ou subvenções adicionais, etc.

Outro dado crucial a se levar em conta no estabelecimento de uma Parceria Público-Privada está na apuração do objetivo crucial de obtenção de ganhos com eficiência e efetividade do serviço prestado pelo Poder Público e que passará para a seara de atuação do setor privado, ou seja, se há um serviço de qualidade sendo prestado e se há capacidade financeira e estrutural para ser patrocinado pelo Poder Público, caso contrário não haveria motivos para sair de sua alçada de atuação, entretanto, demonstrado que será agregada eficiência e efetividade, dentre outros fatores positivos e riscos que devem ser avaliados com a consecução da Parceria Público-Privada, se terá um cenário favorável para sua instalação.

4 | INTRODUÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS GERAIS

Apesar de alguns Estados já terem legislado anteriormente sobre o tema, a Parceria Público-Privada entrou de vez no cenário jurídico brasileiro após a edição da Lei nº. 11.079/2004 que institui normas gerais para licitação e contratação de PPP no

âmbito da Administração Pública.

O modelo pátrio teve inspiração na Europa e se trata basicamente de novas modalidades de contratação entre entes do setor público e empresas privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com o financiamento obtido pelo setor privado para a implantação ou gestão de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público.

No tocante ao setor público, estão legitimados a ser considerados parceiros públicos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. São parceiros privados as empresas e demais entidades do setor privado.

Crucialmente a legislação vigente visa dar guarida à viabilização de investimentos privados em projetos estruturados na área de desenvolvimento urbano em infraestrutura, nos segmentos de saneamento básico, energia elétrica, gás, rodovias, sistemas de irrigação e drenagem, portos e serviços de transporte em geral, dentre outros.

A sobredita lei é mais um instrumento legal para auxiliar o regime de licitações (Lei nº. 8.666/93), que busca alternativas viáveis para a execução de serviços e gestão de obras públicas, claramente na tentativa de diminuir a participação do Estado na economia, ou seja, busca-se a descentralização dos serviços e desoneração do erário público.

O novo instituto jurídico visa o estabelecimento de parcerias para realização de obras de grande porte e a prestação de serviços através de concessões patrocinadas ou concessões administrativas, com repartição dos riscos iminentes ao projeto, bem como o financiamento predominantemente privado, cujo valor mínimo prescrito em lei é de R\$ 20 milhões.

Conforme está estampado no art. 2^a da Lei de regência, *“Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”*, com claro objetivo de se desenvolver paralelamente aos contratos de concessão comum, tendo como diretriz político-financeira o foco em grandes projetos de infraestrutura, para os quais o Poder Público já não possui capacidade financeira para executar, haja vista o lúdimo processo de “falência” do modelo de gestão hoje vigente e a inexistente capacidade de investimento para dar propulsão ao crescimento do país.

Genericamente se define a Parceria público-privada como:

[...] um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 549)

A norma que trouxe ao lume essa nova modalidade de contratação criou duas modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa.

A concessão patrocinada é prestada diretamente ao público (consumidor final), com cobrança tarifária que, complementada por contraprestação pecuniária do ente público, compõe a receita do parceiro privado.

Estando presente a cobrança de tarifas diretamente dos usuários e havendo contraprestação pecuniária do Poder concedente, estar-se-á diante de uma concessão patrocinada, ainda que o concessionário também receba contraprestação não pecuniária da Administração e outras receitas alternativas. (SUNDFELD, 2005, p. 29).

Já na concessão administrativa o contrato tem por objeto a prestação de serviços (público ou não) diretamente à Administração Pública, podendo o particular assumir a execução da obra, fornecimento de bens ou outras prestações. Neste caso a administração pública poderá licitar, por exemplo, a construção e operação de hospitais e presídios.

Lei das Parcerias Público-Privadas deixa evidente somente as modalidades de concessão patrocinada e administrativa, restando aos demais casos análogos como concessão comum, que são regrados pela Lei nº 8.987/95 e licitados na forma da Lei nº. 8.666/93.

5 | SEGURANÇA JURÍDICA E CONFIANÇA NA ESTABILIDADE DAS REGRAS DO JOGO

Atualmente dezenas de propostas de parcerias público-privadas surgem no país em diversos setores de interesse público, como saúde, educação, segurança pública, iluminação e daí por diante, contudo, após a análise de uma grande parte destes projetos, espantosamente eles não guardam muitas similitudes do ponto de vista técnico e formal.

No Brasil ainda não há um órgão para compilar e gerenciar as boas práticas em parcerias público-privadas, com a finalidade de dar direcionamentos positivos a parcerias futuras e corrigir eventuais erros comuns que podem prejudicar a consecução de bons projetos.

Mais que padronizar os procedimentos das Parcerias Público-Privadas, há que se pensar na padronização contratual, resguardas as peculiaridades de cada área que pode ser empregada a parceria, mas é necessária a criação de uma rotina legal que possa trazer segurança jurídica e transparência aos contratantes, até porque havendo necessidade de eventual judicialização, também será mais fácil a obtenção de um posicionamento mais preciso do Poder Judiciário.

Tudo isso passa obviamente por uma clareza legislativa que impeça interpretações equivocadas deste novo instituto, pois existem diversos casos em

Municípios brasileiros que naufragaram na fase de projetos por erros de interpretação e até por falta de conhecimento técnico de órgãos de controle interno e externo da Administração Pública.

Tendo em vista a complexidade dos contratos de PPP, os valores significativos que estão envolvidos e especialmente a longevidade da relação público-privada, a legislação atinente a estes contratos destoa das garantias tradicionais que somente previam proteção ao Poder Público em caso de inadimplemento contratual por parte do ente privado.

Neste novo regime jurídico foi balanceado tanto os riscos para o Poder Público quanto para o setor privado, ao primeiro a lei acautelou eventuais prejuízos que podem ser causados pelo parceiro privado no âmbito do contrato de parceria, ao segundo a lei acautelou os eventuais inadimplementos oriundos do parceiro público.

Como todo contrato administrativo, é convencional exigir garantias contratuais, por isso a regra geral prevista no art. 56 da Lei nº. 8.666/93 é utilizada também na Parceria Público-Privada, com algumas adaptações realizadas pela lei de regência ao tema, notadamente estabelecendo limites para essas garantias, mais precisamente na espécie concessão administrativa (art. 5º, VIII, da Lei nº 11.079/2004), contudo, basicamente as garantias são: I) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; II) seguro garantia; e III) fiança bancária.

Diferente da repetição das regras gerais de garantias dos contratos administrativos em geral, as garantias para o parceiro privado são mais atuais, como: I) vinculação de receitas (exceto aquelas previstas no art. 167, IV, da CF/88); II) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e VI) outros mecanismos admitidos em lei.

Não é taxativo o rol de garantias a serem prestadas pelo parceiro público ao parceiro privado, admitindo-se outras modalidades que não encontrem óbices nas normas de direito público.

As garantias acima enumeradas são divididas em objetivas (I e II) e subjetivas (III, IV e V), as primeiras são assim nominadas porque não exigem a existência de um garante externo, ao passo que as demais necessitam da presença de um sujeito de direitos e obrigações como agente garantidor das obrigações do parceiro público (GUIMARÃES, 2013, p. 365).

Não há consenso sobre qual a melhor opção de garantias, diante da crise de credibilidade que passa o país e conseqüentemente as entidades públicas, pois vincular receitas públicas é velha artimanha que não seduz a iniciativa privada; seguros-garantia são extremamente onerosos diante da desconfiança do mercado financeiro com o Poder Público, ainda, até o momento não foi estruturado um fundo

garantidor ou empresa estatal para a finalidade descrita na lei.

Destas modalidades de garantia previstas em lei, a que será analisada neste momento é aquela enumerada na primeira parte do item V, mais precisamente a prestação de garantias por parte de órgãos internacionais de financiamento.

6 | PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR ORGANISMOS INTERNACIONAIS DE FINANCIAMENTO – INTERESSE DIFUSO

Partindo-se para um caminho diferente daqueles apontados pela literatura atual no tocante as garantias nos contratos de Parceria Público-Privada, floresce a possibilidade de captação de garantias para a execução de projetos que não se baseiam estritamente em critérios financeiros ou apenas vinculados a boa prestação de serviços e edificação de obras públicas, mas arraigados na ideia de melhores práticas para atender interesses difusos, de que sejam titulares pessoas indeterminadas não só brasileiros como a própria comunidade internacional.

Aqui deve ser superado a clássica distinção entre interesse público e interesse privado, avançando para as hipóteses do interesse público referir-se ao interesse do Estado, dos entes públicos, em contraposição ao do particular.

Deve ser analisado o interesse público sob a ótica do interesse da sociedade, da coletividade, confundindo-se de certa maneira com a ideia de bem comum.

Isso pode significar certo interesse que, embora diga respeito a um particular, pode se referir a valores ou direitos, que a respectiva proteção diga respeito a coletividade, de modo a confundir-se com os interesses indisponíveis.

Neste sentido que determinados projetos de Parcerias Público-Privadas podem atrair o interesse não somente pelo viés da melhoria de determinado serviço público ou o emprego de esforço mútuo para erigir uma obra pública de relevo, mas poderá atender o anseio difuso de um número indeterminado de pessoas, sejam elas brasileiras ou até um número indeterminado de pessoas, países e organismos internacionais de fomento ao crédito.

Existem dezenas de projetos de Parcerias Público-Privadas girando pelo país e que tratam de temáticas diversas, como operação de serviço de coleta, destinação e tratamento de lixo, modernização e gestão de presídios e muitos outros casos *sui generis*, contudo, nesta oportunidade será tratado especificamente sobre iluminação pública, pois exatamente nesta seara que estão surgindo a cada dia novos chamamentos públicos para projetos de parceria e alguns já estão formatados e sendo executados.

A modernização de parques de iluminação pública das cidades, que optam pela substituição de equipamentos e lâmpadas defasadas que geram alto consumo de energia e possuem componentes que degradam o meio ambiente, por luminárias com tecnologia *Light Emitting Diode* - LED, que possuem maior luminosidade e

economizam sobremaneira o consumo de energia elétrica, além de serem muito mais duráveis.

Um exemplo brasileiro de parceria público-privada na área de iluminação está em fase de execução no Município de Guaratuba, Estado do Paraná, onde o projeto definido pelo Município prevê a troca de todo o parque de iluminação pública da cidade por tecnologia LED no prazo de um ano, em contrapartida o parceiro privado receberá toda a receita atinente a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – COSIP.

O equilíbrio do contrato está exatamente na proporção que o Município se desonera da responsabilidade pela gestão e manutenção do parque de iluminação pelo prazo de 25 anos, ao passo que a concessionária deverá modernizar todo o sistema de iluminação pública gerando economia de energia elétrica e melhorando a eficiência do parque atual, além claro de um percentual de aplicação de investimentos para ampliação da rede no decorrer do contrato.

Ocorre que o modelo desenhado pelo Município de Guaratuba encontra-se num momento crucial para marcar seu sucesso ou insucesso, que está exatamente delineado pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a confecção de garantias contratuais que darão ao parceiro privado a devida segurança jurídica para capitanear investimentos de alta monta, na mesma toada está o parceiro público (Município) que necessita da modernização do sistema de iluminação pública e a melhora na prestação do serviço.

O que está evidente hoje é que os entes públicos, seja de que esfera for, não encontram um cenário financeiro ideal para buscar garantias no mercado financeiro privado, já que não é permitido por lei que bancos públicos financiem projetos desta natureza.

Encontra guarida na Lei de regência a constituição de garantias pelo parceiro público junto a organismos internacionais de fomento ao crédito, em que pese haver certo pessimismo por parte dos especialistas no tema:

Previu-se também como meio acautelatório do risco de inadimplemento do parceiro público o estabelecimento de garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público. A hipótese apresenta similitude com o inciso III. A diferença, aqui, está na natureza do ente garantidor, que deve constituir-se como instituição financeira ou organismo internacional. A dicção do inciso IV amplia, pois, o espectro de possibilidades quanto à configuração subjetiva no que se refere à celebração de garantias por sujeito externo em contratos de PPP. Dado o elevado risco político que pesa sobre a atividade contratual da Administração em países como o Brasil, não será comum a disponibilização de garantias por essas instituições (GUIMARÃES, 2013, p. 376).

O atual cenário político-financeiro do Brasil torna muito difícil seduzir o capital estrangeiro para aportar receitas à administração pública como garantia aos investimentos feitos pelo parceiro privado, sabedores do peso que recai sobre seus ombros nos contratos administrativos e a insegurança jurídica que permeia a relação

com o Estado, cuja situação depende de uma adequada avaliação econômica na estruturação negocial da parceria público-privada, à luz do *value for money* e da diretriz de eficiência imposta à Administração.

Por outro lado, existem boas práticas que podem ser adotadas em projetos desta natureza que podem atender interesses difusos, especialmente atraindo olhares de países estrangeiros e organizações internacionais de financiamento, como o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD.

No caso específico da iluminação pública não se está avaliando apenas a modernização e economia de energia elétrica, mas o emprego de materiais menos poluentes e os efeitos reflexos da economia gerada que podem estacionar a necessidade da abertura de novas fontes de geração de energia, que culminam em alagamentos de áreas de interesse histórico, cultural e de proteção ambiental, como ocorreu na Usina Belo Monte, no Estado do Pará.

A opção por parques de iluminação pública modernos e com tecnologia LED, além de mais eficientes, geram economia flagrante e geram muito menos resíduos do que os parques da maioria das cidades brasileiras.

Caso haja a implantação de políticas públicas sérias e haja capital suficiente para garantir a consecução de projetos desta natureza, certamente haverá impactos significativos na preservação e conservação do meio ambiente, não só pelos motivos diretos enumerados no parágrafo anterior, como também a diminuição da demanda por novas fontes de produção de energia, como a energia elétrica que depende de alagamento de áreas monstruosas, cuja atividade gera impactos significativos ao meio ambiente e também ao patrimônio cultural, já que florestas inteiras são alagadas e cidades literalmente somem do mapa.

Por outro espeque, já está arraigada na consciência de toda comunidade internacional que a preservação e conservação do meio ambiente é medida de interesse mundial e gera efeitos reflexos em continentes diversos e, que qualquer alteração brusca ocorrida em áreas longínquas ou até em outros continentes, ocasionam um efeito cascata negativo que não interessa a ninguém.

Especial interesse deve haver da maioria dos países Europeus e Asiáticos que não possuem áreas adequadas para preservação ambiental e enxergam no Brasil uma reserva ambiental estratégica, por isso, projetos que visem garantir a manutenção dessa riqueza infindável pode ser utilizado como chamariz para atração de investimentos estrangeiros para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de Parcerias Público-Privadas, gerando ao parceiro privado a necessária segurança jurídica que não haverá por parte do parceiro público o descumprimento das condições impostas no contrato.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou evidente após este estudo que o instituto da parceria público-privada inserido no sistema legislativo pátrio no ano de 2004 visa suprir a carência de investimentos públicos em obras de infraestrutura e a implementação de serviços destinados à administração pública e também a população em geral.

Embora o cenário não pareça tão propício ao setor privado como se mostra ao setor público, a atual legislação prevê mecanismos de garantias que, se bem utilizados, podem gerar a confiança esperada pela iniciativa privada e culminar em investimentos maciços em obras e serviços antes executados apenas com dinheiro público.

Caso seja comprovado que um projeto de Parceria Público-Privada ultrapasse a linha da mera consecução de obra pública mais serviço público, ficando demonstrado que boas práticas contratuais podem gerar efeitos reflexos à parceria público-privada, haverá certamente a abertura de novas linhas creditícias em organismos internacionais de crédito, como o BIRD e outros assemelhados, das quais possa se valer o Poder Público para cumprir sua cota contratual de garantia, que refletirá imediatamente no encorajamento do setor privado para investir altíssimos valores em projetos desta natureza.

Apesar de existir vários meios jurídicos para se constituir garantias nos contratos de parcerias público-privadas, no caso da modernização e eficientização dos parques de iluminação das cidades, com foco também na diminuição do consumo de energia elétrica, que se apresenta como forma de atender ao interesse difuso e pode chamar a atenção da comunidade internacional que clama por medidas preventivas e de conservação do meio ambiente, podendo culminar em fomento financeiro através de entidades internacionais de crédito, fator este que dará estabilidade, garantia e a segurança jurídica sonhadas pelo setor privado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. As Parcerias Público-privadas no Brasil. In www.con-licitação.com.br.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Equilíbrio Econômico nos Contratos Administrativos. *In* Perspectivas de Direito Público (Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes). Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-privadas (PPPs) e a Constituição. *In* Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 2, maio/jun. de 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O aporte nas parcerias público-privadas – algumas reflexões acerca das inovações instituídas na Lei 11.079/2004. *In* Revista de Contratos Públicos (RCP) n. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A Repartição de Riscos na Parceria Público-privada. *In* Revista de Direito Público da Economia n. 24. Belo Horizonte: Fórum, p. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Gesner. OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (orgs.). *Parcerias público-privada: experiências, desafios e propostas*. 1ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *In* Revista do BNDES, v. 13, n. 25. Rio de Janeiro: BNDES, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

O QUE DESEJA “O CÓDIGO”? NOTAS SOBRE A COMPLEXIDADE DE REALIZAÇÃO DO IMAGINÁRIO DE SUJEITOS DO CAMPO DO DIREITO NA TRANSIÇÃO DE PARADIGMAS NORMATIVOS IMPLEMENTADOS PELO ESTADO

Leonardo Barros Souza

UFES, PPGHIS - Doutorado em História Social das Relações Políticas, ES

RESUMO: Trata-se de ensaio sobre as expectativas de sujeitos do campo do direito sobre o CPC/2015, via comparação das expectativas sobre o Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas para a unificação do direito nacional e análise crítica reveladora de uma tensão entre a tradição e a novidade.

PALAVRAS-CHAVE: História; Direito; Processo; Código.

ABSTRACT: This is an essay on the expectations of subjects from the CPC/2015 law field, by comparing expectations on the draft of the Teixeira de Freitas Civil Code for the unification of national law and a critical analysis revealing a tension between tradition and the news.

KEYWORDS: History; Right; Process; Code.

1 | O QUE DESEJA O CÓDIGO?

“O que deseja o Código?” foi uma pergunta retida durante as conferências magnas do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual realizado entre 11 e 14 de abril de 2018, por iniciativa do Programa de

Mestrado em Direito Processual *stricto sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES), e que, naquele momento, possibilitou uma interessante abertura para a reflexão sobre algumas expectativas positivas depositadas no novo Código de Processo Civil, o de 2015, muitas ali explicitadas, e as possíveis dificuldades quanto a sua realização. Essa abertura, por sua vez, motivou a elaboração desse breve ensaio (SANTOS, 2014).

2 | ESPECULAÇÕES INICIAIS SOBRE EXPECTATIVAS DECORRENTES DO ADVENTO DE UM “NOVO CÓDIGO”

Há alguma relação entre o Esboço do Código Civil (Esboço) elaborado por Augusto Teixeira de Freitas na década de 50 do século XIX e o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC/2015)? A princípio, as diferentes dimensões de tempo e tema indicariam que não, salvo para quem, do campo do direito, tem a consciência da instrumentalidade entre o direito processual civil e o direito civil. De todo modo, esses Códigos estariam insertos em tempos diferentes, a infirmar tal função. As possíveis relações devem então ser pensadas em contextos menos fechados em termos dogmáticos, com maior dose daquela

especulação inicial inerente a praticamente toda reflexão.

Como pesquisador do contexto histórico e social vivido por Augusto Teixeira de Freitas durante o processo de construção do Esboço e pontualmente desafiado a refletir sobre algumas das perspectivas sobre o CPC/2015, posicionado numa fase inicial de especulação é possível direcionar a reflexão a partir do imaginário (CHARTIER, 1987, p. 17) de sujeitos do campo do direito (CATANI, 2017, p. 64/66) a respeito da novidade que ambos os Códigos representam, cada um no seu tempo e contexto específico.

Essa mesma fase autoriza uma abordagem no formato de ensaio, com apoio ao menos em um texto de referência, até mesmo a fim de reduzir o âmbito de incerteza decorrente da especulação.

No caso do Esboço, tem-se, num primeiro momento, uma construção inserida num contexto de demanda por direito nacional e por sua unificação, em especial advogados, com destaque para os reunidos em torno do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), até como medida decorrente da Independência, a denotar o rompimento com a legislação portuguesa que ainda era aplicada.

Os sujeitos do campo do direito foram porta-vozes da necessidade de unificação e codificação do direito nacional.

Francisco Inácio de Carvalho Moreira (1862), por exemplo, em discurso proferido na sessão do IAB de 07 de setembro de 1845, alertou para a insegurança jurídica causada pela “deplorável desordem, em que se acha o foro pelos defeitos, lacunas, obscuridades, e immensidade de nossas leis civis” (*idem*, p. 148), “as leis fundamentaes da sociedade; pois ellas que regularisção a família natural, fundão a família civil, e consolidão, ou garantem o direito de propriedade” (*idem*, p. 149), que constituem “o laço primitivo da sociedade, a ancora de sua estabilidade” (*ibidem*), defendendo a necessidade de revisão e metodização geral (*idem*, p. 152), para o que “Uma codificação [...] é um immenso benefício para a nação” (*idem*, p. 156).

A novidade residiria no próprio papel inovador e unificador do que resultaria no primeiro Código Civil Brasileiro, como marca jurídica e necessária da Independência política, a alimentar expectativas de correspondência entre o direito posto e a realidade histórica e social vivida.

A novidade do CPC/2015 aparenta ser mais plural, com destaque da proposta de servir de instrumento para a propiciar a tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo, com expectativas no grau correspondente a essa necessidade. O novo Código surgiria como solução para os problemas de efetivação de direitos materiais, em resposta a demandas sociais por uma melhor prestação do serviço jurisdicional e com correspondência em princípios da Constituição Federal de 1988, posterior ao Código de Processo Civil de 1973, normativamente desatualizado, em descompasso com o tempo.

Uma das questões que se colocam refere-se a essas expectativas em grande parte fundadas na novidade e na crença nutrida por sujeitos do campo do direito

quanto à capacidade de mudanças de paradigmas instituídas pelo Estado conformar ou alterar a realidade histórica e social, com sua necessária participação, por que seriam os intérpretes autorizados do novo instrumento.

3 | ECOS DE UMA CRÍTICA AO ESBOÇO. O VELHO SUBJACENTE A NOVIDADE REPRESENTATIVA DE MUDANÇA PARADIGMÁTICA

A expectativa, no imaginário social de sujeitos do campo do direito, especificamente do campo do direito processual civil, de que o novo representa a novidade e o progresso pode ser traída pela tradição.

Em retrospectiva, uma crítica à obra de Augusto Teixeira de Freitas pode lançar luzes sobre as expectativas depositadas no CPC/2015 e a possibilidade de sua implementação por sujeitos do campo do direito.

Em análise do Esboço, situado na transição do Brasil Colonial para o Independente, Airton Cerqueira-Leite Seelander (2017) foca a atenção para as relações entre o poder patriarcal ou tradicional, associado à “casa”, e o poder político ou do Estado, numa perspectiva conflituosa fundada na menor ou maior margem de intervenção do Estado na “casa” via uso da técnica do direito. No caso, a proposta de codificação do Direito Civil encarregada a um sujeito do campo do direito qualificado como doutrinador e seus efeitos nas coisas inerentes ao espaço da “casa”.

Nesse espaço de tensão, a novidade, representada não só pelo Código, mas pelos institutos que autorizam a tutela estatal de questões antes decididas no âmbito privado, observada a hierarquia patriarcal, encontraria dificuldade de se apresentar e operar em razão da permanência de elementos da “casa”, inclusive de forma legionária no próprio texto do Esboço.

A questão principal, abordada inclusive como prova da permanência da “casa” no novo modelo de organização da vida social, via inequívoca intervenção do Estado, reside no conceito de família.

Trata-se do convívio, num mesmo documento, de um conceito tido como inovador, moderno, por que positivado sem referência ao poder patriarcal (Esboço, art. 139: “Entende-se por *família*, no sentido da inscrição deste §, e da distinção do art. 18, o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que são neste Código considerados parentes.”), e de um outro considerado antigo, vinculado à tradição do pai como centro ou vértice de poder (Esboço, art. 140: “Quando não se tratar de pessoas ou de direitos em geral, mas pessoas determinadas, entender-se-á por *família* o complexo de indivíduos de um ou outro sexo, que viverem na mesma casa, ou em diversa, sob a proteção de um pai de família”).

Para Cerqueira-Leite, essa diferença conceitual demonstraria que a inovação não conseguiu resistir à tradição.

Para fins deste ensaio, nesses breves marcos, essa constatação sinalizaria que

as expectativas advindas da novidade e o esforço de sujeitos do campo do direito em sustentá-las e concorrer para que sejam efetivadas podem encontrar elementos da tradição entre os vários limites a esse projeto.

A chave de análise fornecida pela crítica ao Esboço vem ao auxílio reflexão sobre a possibilidade de realização das expectativas no marco do CPC/2015 e de seu compromisso com a tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo.

4 | PERMANÊNCIAS QUE PODEM DIFICULTAR A REALIZAÇÃO DO NOVO. DOCTRINADORES COMO SUJEITOS DE AÇÃO LIMITADA NO CAMPO DO DIREITO

É possível afirmar, sem medo de erro crasso, que é grande a expectativa depositada por sujeitos do campo do direito, em especial do direito processual civil, com relação à potência do CPC/2015 para a tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo, a ressaltar o compromisso com a dimensão instrumental do direito processual na urgente necessidade de afirmação do direito material, como forma de efetivar os princípios assentados no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, quais sejam, o da duração razoável do processo e o da celeridade de sua tramitação.

Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 51):

O objetivo de criar um sistema **mais eficiente**, está por trás de muitas regras do NCPC [Novo Código de Processo Civil, neste texto designado CPC/2015], pois um código de processo que não garante a realização concreta de direitos, esvazia a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

A maior eficiência do processo, e do ordenamento jurídico como um todo, é decorrente de um Judiciário cuja 'performance' seja excelente, e o NCPC tem potencial de aprimorar a atuação deste Poder, pois contém instrumentos de julgamento conjunto de demandas idênticas e aprimora os já existentes.

Enfatiza-se a necessidade de se incentivarem os meios alternativos de solução de conflitos, principalmente a mediação e a conciliação (esta última, não no sentido do acordo, mas no de processo conciliatório), como forma de contribuir com a criação da 'cultura' do acordo.

Cria-se, com o NCPC, o processo que *rende*: que resolve *de vez* a controvérsia subjacente à demanda.

O preceito do artigo 4º do CPC/2015 é central nesse contexto, ao afirmar o compromisso do Estado com a solução de conflitos sociais mediante o julgamento de mérito das demandas, ou seja, com a solução da questão de direito material submetida a análise e julgamento do Poder Judiciário.

Nesse contexto, institutos tidos como novos, afinados com os referidos princípios, podem sofrer a intervenção da tradição.

É o caso, por exemplo, a mais uma vez a título especulativo, do postulado da

consensualidade, entendida como solução de conflitos de forma consensual, em oposição a uma tradição de resolução de demandas via “soluções adjudicadas”, tutelas diretamente pelo Estado, no caso, o Estado-Juiz.

Também é o caso do novo sistema de colaboração ou maior protagonismo das partes, que implica numa redução dos poderes do juiz, ao qual pode ser opor a tradição do protagonismo quase absoluto, onipotente, do juiz togado, concursado, efetivo, na prestação da atividade judicial.

É o caso ainda dos mecanismos de estabilização e uniformização de interpretações e, por consequência, de decisões judiciais, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/1975, art. 976 e seguintes) que podem encontrar resistência dos juízes, em defesa de sua independência.

Entende-se melhor, assim, o seguinte apelo feito por Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 61):

Para que os efeitos do NCPC sejam visíveis, no que diz respeito a minimizar a duração dos processos, além de alterações da lei, é imprescindível a boa vontade e o espírito cooperativo de todos os “personagens” que lidam no foro: juízes, advogados, promotores e as próprias partes.

Inequívoca antevisão de dificuldades provenientes da prática de sujeitos do próprio campo do direito, embora nele fechada.

Da análise referente ao foco possível de resistência da tradição à novidade extrai-se também a relevante questão da possibilidade de atuação (e seus limites) dos vários sujeitos do campo do direito.

A experiência concreta sinaliza para um maior compromisso de doutrinadores com o novo paradigma de prestação jurisdicional instituído pelo CPC/2015 e um forte polo de resistência na magistratura, provavelmente muito tributável à tradição do bacharelismo em sua formação histórica.

“Entende-se por bacharelismo a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país” (KOZIMA, 2007, p. 378), presente na história do Brasil ao menos desde sua Independência e com ênfase na formação em Direito, inclusive como forma de acesso às carreiras públicas (CARVALHO, 1980), até os dias atuais, sendo um dos fatores responsáveis pela centralidade da judicialização para a resolução de conflitos sociais (PEREIRA, 2015).

Essa tradição, por seu turno, revela um importante aspecto cultural a respeito das formas de resolução de conflitos sociais, a contar com o Poder Judiciário, o Estado, como mecanismo institucional praticamente único a ser procurado, desdobramento de um fenômeno sintetizada por José Murilo de Carvalho (2014) como “estadania”, deturpação do entendimento e prática da cidadania na medida em que os sujeitos de direito atuam geralmente com dependência do Estado.

Trata-se de elemento que milita contra os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos positivados no CPC/2015.

Todos esses exemplos orientam a possibilidade de reflexão sobre as possibilidades de efetividade do novo paradigma de prestação da atividade judicial firmado no CPC/2015 e a antevisão, como limites possíveis, de elementos oriundos da tradição operados inclusive por sujeitos do próprio campo do direito, como instrumentos de manutenção de suas posições tradicionais.

5 | SUGESTÕES DE PROBLEMATIZAÇÃO PARA A REFLEXÃO: O RETORNO DA “CASA” E A RESISTÊNCIA DO “ESTADO”?!

Caso se entenda que as especulações e reflexões pretéritas sejam pertinentes e profícuas para traçar alguns caminhos para a reflexão sobre a potência do CPC/2015 como marco na transição de paradigmas quanto à prestação da atividade judicial, uma possibilidade é a inversão da chave de análise crítica do Esboço de Augusto Teixeira de Freitas utilizada por Cerqueira-Leite.

Considerando os exemplos acima referidos quanto à tensão entre as expectativas do novo e as resistências da tradição, vê-se, mesmo que liminarmente, tentativas de permanência do “Estado”, no caso, mais uma vez, o Estado-Juiz e toda a constelação de carreiras jurídicas que a ele se atrelam, contra a tentativa de reintrodução, pelo próprio Estado, do protagonismo da “casa”, não mais, é certo, estruturada pelo poder patriarcal, mas na instituição e instrumentalização de mecanismos aptos a garantir o equilíbrio entre os sujeitos em conflito.

Essa nova configuração do significado das categorias “Estado” e “casa”, por si só aberta a questionamentos, amplia as perspectivas de análise crítica do CPC/2015 pela ótica das tradições (que resistem à inovação) da solução de conflitos pelo Estado-Juiz (em oposição ao consensualismo), do protagonismo processual do juiz (em oposição ao sistema de colaboração entre as partes) e da importância institucional da magistratura na prestação da jurisdição (em oposição aos mecanismos de uniformização da jurisprudência), no relevante contexto do imaginário social.

Destacam-se nesse imaginário social o estamental, institucional, corporativo, mas também, e talvez principalmente, “popular”, em especial pelos significados da garantia fundamental de acesso à justiça (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV), identificada (a justiça) com o Poder Judiciário.

Uma outra importante linha de questionamento que pode ser extraída da análise crítica de Cerqueira-Leite sobre o Esboço de Augusto Teixeira de Freitas diz respeito à capacidade dos sujeitos do campo do direito que se identificam e atuam como “doutrina” atuarem como protagonistas na implementação de um novo paradigma, em especial diante da forte presença e peso na atuação do elemento tradicional que insistiria na continuidade de seu protagonismo, o juiz.

“Será que a ‘doutrina’ seria capaz de vencer a tradição via desenvolvimento da técnica e diante de resistências de ordem prática?”, “Quem está autorizado a falar

sobre o que representa o CPC/2015?”, “De quem seria a fala autorizada sobre esse tema?”, “Como lidar com o peso de ordem prática da jurisprudência?”, são algumas das possíveis questões nesse contexto.

Novamente, está-se diante de sinalizações advindas da mudança de paradigmas instituída pelo Estado.

6 | CONCLUSÃO

A análise quanto às possibilidades de efetivação ou não do novo paradigma de prestação da atividade judicial instituído pelo CPC/2015 pode abrir interessantes caminhos se se servir de análises de outros momentos de transição de paradigmas instrumentalizados por institutos do Direito posto pelo Estado, refletidos em marcos não necessariamente inerentes ao campo do direito ou à dogmática jurídica.

Este ensaio serviu-se de uma crítica ao Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, feita por Cerqueira-Leite a partir de uma chave de análise centrada na tensão entre “casa” e “Estado”, respectivamente identificadas como tradição e novidade, reveladora das dificuldades de implementação de mudanças de paradigma impostas pelo Estado, para sugerir perspectivas de análise sobre o CPC/2015 no marco da mesma tensão, só que invertida, agora entre “Estado”, associado a tradição, com foco no protagonismo dos juízes, e a “casa”, retornando ao debate como novidade, mas não mais estruturada pelo poder patriarcal, mas no pressuposto do equilíbrio entre aqueles que se envolvem num conflito e buscam uma solução não judicializada.

A pretensão, com isso, não é reler o passado, nem iluminar o futuro, mas aproveitar “chaves” para reflexão do presente, desde que não deslocadas do contexto histórico, social e político, contribuindo assim, no contexto específico desse texto, para o debate sobre a efetividade do CPC/2015.

Nos restritos marcos desse ensaio, “o que deseja o Código” dependerá do resultado da tensão entre a novidade e a tradição no embate entre os diversos sujeitos do campo do direito que os representam.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem. A elite política imperial**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

_____. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CATANI, Afrânio Mendes [et al.] (Orgs.). **Vocabulário Bourdieu**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

CHARTIER, R. **A história cultural: entre práticas e representações**. Lisboa: Difel, 1987.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil. Esboço**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MOREIRA, Francisco Inácio de Carvalho Moreira. Discurso em homenagem ao primeiro ano do Instituto dos Advogados Brasileiros. In: **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, Anno I, Tomo I, n. 3, Parte Quarta, Rio de Janeiro: Typographia de Quirino & Irmão, 1862.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares Pereira. O bacharelismo está no meio de nós! Rogai por nós contendedores! In: **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO COMPENDEI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA**. Florianópolis: COMPENDEI, 2015.

SANTOS, N. M. P. **Ensaio e Artigo: confluências e divergências entre dois gêneros da esfera acadêmica**. Dissertação (Dissertação de Estudos Linguísticos). UFU, Uberlândia, 2014.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à Modernidade. In: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano 178 (473): 327-424.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A UTILIDADE DE ARGUMENTOS PRAGMÁTICOS NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS JUSTAS – UM VIÉS ELEITORALISTA

Leonardo Tricot Saldanha
Sarah F. Mello Weimer

RESUMO: O presente artigo apresenta o modelo tradicional (legalista) de decisão judicial, argumentando sua importância para a estabilização dos princípios ideológicos do Estado de Direito. Defende, porém, sua insuficiência e irrealdade, defendendo a utilidade de argumentos pragmáticos na construção de decisões judiciais justas, sobretudo na área do Direito Eleitoral que, por suas características, é especialmente afeito ao pensamento pragmático.

PALAVRAS-CHAVE: Direito eleitoral, Hermenêutica jurídica, Pensamento pragmático

THE USE OF PRAGMATIC ARGUMENTS IN THE ELECTORAL DECISION-MAKING FAIR PROCESS

ABSTRACT: This article presents the traditional (legalistic) court decision model, arguing its importance for the stabilization of the ideological principles of the contemporary State. He defends, however, the usefulness of pragmatic arguments in building righteous judicial decisions, particularly in Electoral Law, especially inclined to pragmatic thinking.

KEYWORDS: Electoral law, Hermeneutics, Pragmatic thinking

1 | INTRODUÇÃO

A hermenêutica jurídica e a atividade do juiz se confundem – é certo que aplicar o direito é ato diário, de todos os indivíduos, mas é na atuação judicial que se evidencia a atividade com maior complexidade. Os argumentos de todos os atores processuais se discutem, são contrapostos, e algo é decidido, objetivando a decisão mais justa e correta para o caso.

Assim, boa aplicação do direito e boa decisão também se confundem. O modo pelo qual se pode chegar a uma decisão que mereça o adjetivo “boa” é a questão. Uma boa decisão é aquela que aplica a lei de forma neutra, é aquela que legisla para o caso, baseada em princípios, é um ato político do juiz, deve ser preocupada com vantagens econômicas, ou se deve preocupar com consequências? É o ato em que o juiz, consciente de suas limitações e preconceitos, busca nortear sua vontade por argumentos racionais? O presente artigo buscará argumentar, em uma primeira parte, que a decisão judicial é um pouco de tudo isso, utilizando-se, com esse objetivo, da obra “Como Pensam os Juízes”, de Richard Posner (2008) e do artigo “A Hermenêutica Jurídica e as Ciência dos Cérebro: Como Lidar com Automatismos Mentais” de Juarez Freitas (2013).

A segunda parte do artigo focaliza um tipo de argumento que é utilizado no processo de tomada de decisões, qual seja, o argumento pragmático. Trata-se de projetar as consequências prováveis da decisão a ser tomada como argumento decisório, ao lado de outros argumentos. O tipo de raciocínio baseado em consequências tem uma história de proscrição no Direito, sobretudo no direito continental – desde os tempos romanos, a rigor, como exemplifica o adágio “faça-se a justiça, mesmo que pereça o mundo”. Defenderemos que essa espécie de argumento não apenas é útil no processo de tomada de decisões, mas que ele é legítimo à tomada de decisões justas. Que ele pode, e deve, ser utilizado com transparência, sem a necessidade de “disfarces” legalistas.

Na terceira parte do texto elucidaremos as características do Poder Judiciário no Brasil, tendo em vista o quadro social restrito no qual majoritariamente estão inseridos aqueles encarregados de elaborar as decisões judiciais, que por sua vez, repercutem em face da sociedade como um todo. Essa observação se faz necessária na medida em que a tomada de decisões que ultrapassam o viés legalista e que pretendam contemplar as implicações do caso concreto em suas justificativas, não pode deixar de lado o distanciamento existente nas realidades de quem julga e de quem é julgado – ponto desfavorável para a aplicação irrestrita de argumentos pragmáticos em sociedades marcadas pela desigualdade, como é o caso brasileiro.

Por fim, em uma quarta parte, apresentaremos as características do Direito Eleitoral que o tornam adequado ao emprego de argumentos pragmáticos. Ao julgar casos concretos mas, sobretudo, ao regulamentar as eleições, as decisões do juiz eleitoral muito perderão em capacidade de realizar a justiça caso deixem de lado a análise das potenciais consequências das decisões.

2 | COMO SE CONSTRÓI UMA DECISÃO JUDICIAL

O agir do juiz possui importância central na formação ideológica de Estado de Direito, a partir da tradição liberal consubstanciada em Montesquieu, em 1748. Ao teorizar a respeito do modelo de separação de poderes capaz de afastar o absolutismo e de garantir a liberdade, o autor expressa como vê o papel do juiz e da decisão judicial, em mui clássica passagem:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em alguns casos, muito rigorosa. Mas os juizes da nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. (MONTESQUIEU, posição 244, tradução nossa)

O modelo de juiz apresentado é completamente coerente com o projeto construído pelo autor, projeto argumentativamente deduzido da história da Inglaterra, de Roma e de outros povos. Se um parlamento representante do povo, ainda que moderado pela

nobreza, possuísse o monopólio da função legislativa, expressão única da vontade geral, nada mais normal do que o afastamento de qualquer consideração valorativa do juiz. Só assim seria possível a liberdade, sem submissão às vontades e aos arbítrios judiciais (MONTESQUIEU, posição 239, tradução nossa).

Não podemos esquecer que o modelo de juiz e de julgamento que Montesquieu consolidou é responsável por grande parte dos valores que, até hoje, inspiram a República e o Estado de Direito. A ideia de sermos governados por leis, não por homens, a impessoalidade do Estado, a igualdade formal, todas elas são derivadas do projeto de Estado delineado por Montesquieu. Nos campos da filosofia do Direito e da Hermenêutica Jurídica, sua visão a respeito do direito foi desenvolvida e sofisticada pelo positivismo normativista, que teve sua expressão máxima em Hans Kelsen e que, não esqueçamos, dominou os espíritos até o final da Segunda Guerra Mundial.

A argumentação judicial construída com base nessa pretensa neutralidade do juiz é chamada, por Posner, de legalismo. A presunção básica do argumento é que a decisão judicial é baseada no Direito (formado por leis e precedentes), regras preexistentes e canônicas, o que permite decidir sem a influência de elementos psicológicos ou valorativos por parte do juiz (POSNER, 2008, p. 40). O Direito é visto como um sistema fechado, capaz de dar todas as respostas necessárias sem recursos a elementos extra-sistêmicos. Por isso, o Direito seria um campo próprio do conhecimento, com método autônomo, e o juiz não precisaria interessar-se - ao menos não profissionalmente - por ciências sociais ou filosofia (POSNER, 2008, p. 41). A teoria legalista adquiriu proeminência por muitos motivos (simplicidade, segurança, dignidade) e, até hoje, o juiz que se intitula legalista e age, ao menos aparentemente, com base nela é socialmente reconhecido como um juiz sério, mesmo que, algumas vezes, um mau juiz.

A importância do legalismo é ainda maior em sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, em que a fonte principal do direito é a lei. A ideia de um corpo legislativo encarregado da vontade geral legitima um juiz que busque o direito no corpo legislado e, por muito tempo, os únicos métodos hermenêuticos alternativos à direta subsunção e ao método gramatical eram o histórico (em que se busca a vontade do legislador ao legislar) e o teleológico (que se preocupa com o objetivo da lei) (MAXIMILIANO, 1998, p. 106) - ainda que o autor reconheça, de maneira vanguardista para sua época, a insuficiência da lei para a expressão da complexidade dos fenômenos jurídicos, centra nela suas melhores esperanças de interpretação. Fixa como processos de interpretação o gramatical, o lógico e o sociológico, sendo esse utilizado subsidiariamente e nos casos de falta de lei (MAXIMILIANO, 1998, p. 106 e ss.).

Por mais importantes que sejam os princípios advindos da ideia de separação de poderes, o método de aplicação do direito dela decorrente é, hoje, de difícil defesa. Poucos ainda acreditam que o juiz, ao tomar conhecimento do caso, busca uma regra pré-existente no ordenamento jurídico para decidir, por subsunção, o caso concreto.

O juiz utiliza a lei como uma baliza de comportamento, ao lado de muitas outras balizas, algumas de maneira inconsciente, outras de maneira consciente.

Quando as balizas de decisão são inconscientes, elas são ameaças à boa decisão. Juarez Freitas (2013), ao estudar tais inconsciências, as tipifica, indicando tendências, vieses do cérebro que se aproxima de uma questão para decisão. Os vieses mais comuns presentes no cérebro de um juiz são, segundo o autor (FREITAS, 2013, p. 234 e ss.):

- a) o viés da confirmação. Ao analisar um problema complexo, o cérebro dará relevância a dados que confirmem crenças preexistentes;
- b) o viés da falsa coerência. O cérebro sempre busca coerência. Por isso, completa lacunas na narrativa de um fato a partir da pura imaginação, sem levar em conta bases externas.
- c) viés à aversão à perda. O cérebro tende a ser conservador, exacerbando os perigos de pensar ou de agir divergentemente.
- d) viés do *status quo*. É a tendência de manter as escolhas feitas no passado, mesmo que anacrônicas.
- e) viés do enquadramento. O cérebro busca categorizar um fato em categoria mais simples, que já domina, sem perquirir se há enquadramento mais plausível.
- f) viés do otimismo excessivo. Aumenta a confiança no sistema e baixa a crítica, levando à ação temerária.
- g) viés do presente. Tende a buscar recompensas imediatas, sem pensar na sustentabilidade.

Se nos aproximamos do caso sem estudarmos e refletirmos sobre tais vieses, seremos facilmente levados a decidir com rapidez a partir deles, já que eles se baseiam em um sistema de pensamento automático, primitivo, que economiza energia ao diminuir artificialmente a complexidade de questões verdadeiramente complexas. O que é entregue ao sistema de pensamento lento (KAHNEMAN, 2012), que realiza o controle racional do argumento tenderá a ser viciado, então.

O caminho para não permitirmos a decisão emocional, baseada em vieses não racionais é, em primeiro lugar, o conhecimento dos vieses. Em segundo, o convencimento de que eles realmente atuam. E, finalmente, o autoconhecimento, para que o juiz saiba quais são suas preferências e quais são seus vieses mais dominantes, exatamente para poder lutar contra os mesmos. Humildade e luta contra os automatismos mentais, eis as duas chaves para a boa hermenêutica, segundo o autor (FREITAS, 2013, p. 244-245).

A decisão é balizada, ainda, por elementos mais conscientes (ainda que não completamente), que também variam de juiz para juiz. Já estudamos um desses elementos, o mais importante e dominante entre nós, o legalismo. Mas Posner (2008,

p. 19 e ss) aponta outros elementos que ajudam a explicar como os juízes pensam. Dentre eles, o presente artigo dá relevo à teoria pragmática da decisão judicial, e o faz a partir da próxima parte.

3 | E SE PENSARMOS NAS CONSEQUÊNCIAS?

O tipo de desenvolvimento que a ciência do direito teve em terras anglo-saxônicas permitiu que outra espécie de raciocínio jurídico rivalizasse com a do legalismo. Em primeiro lugar, em virtude da prevalência do direito baseado em precedentes, precedentes que remontam a uma mítica *Common Law*, mas que são construídos, desde sempre, pelos juízes. Em segundo, a falta de completude do mito racionalista do iluminismo na política com a ausência de um parlamento legiferante. Por tudo isso, e bem mais ainda, na Inglaterra e nos Estados Unidos há uma prevalência de juízes que se auto intitulam pragmáticos (POSNER, 2008, p. 230).

A essência do pensamento pragmático em Direito legitima que o juiz pense nas consequências de sua decisão como motivo lícito a justificá-la. Assim, não se trata de pensar nas consequências e de revesti-las de uma linguagem legalista, “forçando” a aplicação de alguma norma pré-existente (ainda que tal possa ser considerada uma estratégia pragmática). Trata-se de vislumbrar legitimidade decisória nas consequências em si e por si.

A escola filosófica pragmática é uma invenção norte-americana, a partir de três filósofos, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, cujas vidas alcançam quase um século, de 1860 a 1950 (POSNER, 2008, p. 230). Eles “defendiam um empirismo radical, no qual proposições seriam avaliadas por suas consequências observáveis, no lugar de seus antecedentes lógicos – defendiam, em outras palavras, uma extensão do método científico a todas as áreas de investigação”(POSNER, 2008, p. 231, tradução nossa). No campo do Direito, o juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes Jr. foi a voz primeira do pragmatismo. É dele a célebre frase, tão citada “A vida do Direito não tem sido baseada na lógica, mas na experiência”. Ele rejeitou a noção segundo a qual:

os juízes poderiam decidir casos difíceis por um processo de ou muito similar à dedução lógica de premissas dadas em textos legais, ou por princípios universais inquestionados que inspiram tais textos (“direito natural”). Ele argumentava que juízes em casos difíceis fazem o direito pensando nas consequências sociais e econômicas prováveis de suas decisões, e suas intuições sobre tais consequências... (POSNER, 2008, p. 231-232, tradução nossa)

Nada pode ser mais diferente do projeto iluminista do que o pragmatismo, ao menos aparentemente. Julgar a partir das consequências sempre foi considerado, pelos juristas continentais, como um erro; seja pelo descaso ao valor político e moral dos princípios, seja pelo casuísmo que um tal julgamento pode gerar. Pensar

nas consequências parece, a muitos de nós, uma tática para não aplicar o Direito, normalmente por populismo ou busca de popularidade. A rigor, se assemelharia a um erro moral.

Posner (2008, p. 238) responde a tal questão ao afirmar que o pragmatismo jurídico não é um pragmatismo qualquer. Um julgador pragmático deve “considerar consequências sistêmicas, inclusive institucionais” de suas decisões, ou seja, a longo prazo. Trata-se de pensar o que é desejável pela sociedade a longo prazo, mesmo que impopular imediatamente. O juiz pragmático não tem a liberdade de um filósofo pragmático – ele é limitado por toda uma cultura jurídica, por recursos, pela possibilidade do *impeachment*. O pragmatismo contribui com a criação de um direito melhor, argumenta.

Contra o pragmatismo, porém, há um argumento de difícil superação. É que o raciocínio que sopesa consequências é um raciocínio político, que faz uma escolha entre as possíveis. A pessoa do julgador, então, ganha relevo – faz toda a diferença se ele é um representante eleito da comunidade, ou se ele é concursado, se ele é de uma camada social economicamente média ou privilegiada. O que é melhor para um juiz não necessariamente é o melhor para a comunidade. E cada vez menos será quanto menos for uniforme a sociedade – é difícil pensar pragmaticamente em uma sociedade verdadeiramente pluralista.

A resposta dos pragmáticos para a questão é que, na maioria dos casos, o que é correto é óbvio (POSNER, 2008, p. 240). E é uma boa resposta mas, por outro lado, evidencia a insuficiência do pragmatismo para guiar a totalidade do direito. Não se pode negar que o direito é mais do que experiência, é dever comunitariamente compartilhado, e esse dever pode ter múltiplas fontes.

4 | MAS ATENDEMOS AO PANO DE FUNDO!

O processo de deliberação, de tomada de decisão, não é sob qualquer aspecto ingênuo. Esta premissa associada ao cenário de protagonismo político do Poder Judiciário nos países latino-americanos pós-redemocratização não pode ser olvidada, mas mantida em observação.

No caso brasileiro, os juízes compõem o Poder menos representativo da sociedade, seja em razão da forma de ingresso na magistratura – por meio de concurso público –, seja por refletirem um quadro privilegiado dessa mesma sociedade. Fato é que, desde a elaboração da Constituição de 1988, os agentes das instituições judiciais reuniram forças para articular conquistas de garantias corporativas e prerrogativas de ação que empoderaram e avançaram na independência tanto do Poder Judiciário, quanto do Ministério Público.

Na nova ordem constitucional o terceiro poder passou a exercer um papel político, consolidando um modo de operação de protagonismo frente aos demais

poderes, tanto pela possibilidade, quanto pela oportunidade de discussões políticas pararem nos tribunais de Justiça. Diz-se isso, pois os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da política, da politização do Judiciário e, ainda, de juridificação das relações sociais têm sido observados na rotina jurídica brasileira e suscitado inquietações.

O presente artigo, portanto, vale-se conceitualmente dos fenômenos mencionados – de modo sintético – enquanto: 1) o **ativismo judicial** deve ser entendido como uma escolha em agir proativamente por parte do Poder Judiciário, que passaria a realizar interpretações com expansão de sentido e alcance do Texto Constitucional; 2) já a **judicialização da política** consistiria em o Judiciário assumir a resolução de questões tradicionalmente deliberadas por instâncias representativas; 3) ao passo que a **politização do Judiciário** poderia ser traduzida como o desvirtuamento das funções das instituições judiciais, com possíveis personalismo de juízes e até a atuação dos mesmos como agentes moralizadores da atividade política; 4) por fim, tem-se a **juridificação das relações sociais** que seguindo uma perspectiva habermasiana pode ser entendida como a normatização jurídica dos mais variados aspectos da vida social, tradicionalmente submetidos apenas a normas sociais informais.

Em alusão ao jurista e político, entre outras titulações, Rui Barbosa, que preocupado com a defesa do Estado de Direito, apostava no fortalecimento do Poder Judiciário para conservação da República, em face da substituição do parlamentarismo pelo presidencialismo, no Brasil, modelo que acreditava deixar a o país à mercê dos excessos do detentor do cargo Executivo (LYNCH, 2012, p. 24 e ss).

O protagonismo do Judiciário experienciado na contemporaneidade parece ser um desdobramento do argumento elaborado por Christian Lynch em seu artigo “Togados da Breca” (2012), quando cunhou o termo “ruibarbosismo”, ou seja, “uma ideologia judiciarista, que critica acidamente a má qualidade da política praticada no governo e no Parlamento, apostando na tutela do Judiciário como meio para corrigi-la” se combinada com a suposta idoneidade de um governo orientado pelo “cumprimento da Constituição”. Nesse condão, caberia limitar “a política pelo direito, os dois poderes políticos pelo poder jurídico”, ao passo que os juízes seriam tidos como representantes dos “valores republicanos, de valores liberais, voltados para a defesa da democracia liberal”, como verdadeiros sacerdotes responsáveis por velar pela verdade da Constituição (LYNCH, 2012, p. 38).

Sob a mesma óptica, Fabiano Engelmann em matéria intitulada “Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil” (2016) manifesta-se sobre o empoderamento das instituições judiciais como estratégia de reforço à “simbologia de um poder de estado neutro e meta-político (encarregado da guarda da moralidade pública)”, ao passo que o “protagonismo central nos recentes escândalos políticos brasileiros fornece um importante exemplo do lugar ocupado no espaço público” pelas mais diversas categorias de “profissionais do direito que ancoram a sua força política na manipulação da técnica jurídica” (ENGELMANN, 2016, p. 10).

Essa dinâmica de suplantação da política pela *intelligentia* jurídica merece atenção, pois corrobora com o restabelecimento de uma robusta posição de poder para os bacharéis – presentes há muito tempo na elite estatal do País. E, além de figurarem na elite do funcionalismo público, por meio da pesquisa desenvolvida por José Roberto Afonso (2016), que tratou de identificar as categorias mais bem remuneradas no Brasil, foi possível extrair que seis entre dez categorias estão associadas à estrutura estatal. É o caso de juízes, desembargadores, promotores e procuradores que, portanto, ultrapassam a elite estatal para ocupar também o topo da pirâmide social, ganhando seis vezes mais que a média nacional - e, por vezes, até mais (AFONSO, 2016, p. 14).

O abismo que separa os mais ricos dos mais pobres – possivelmente refletindo a distância entre os julgadores e os julgados –, somado a toda a desigualdade material que permeia o país há séculos, resultam, invariavelmente, no receio advindo de decisões que ao se pretenderem “boas”, sejam reflexo de um juízo de valor dotado de moral e valores muito específicos.

A obra “O que é isto: decido conforme minha consciência?” (2010), de Lenio Streck, em crítica ao decisionismo jurisdicional e à filosofia da consciência que atravessa a fundamentação dos julgamentos que anseiam atingir o patamar de soluções justas, o autor estabelece que para a superação do legalismo deve-se objetivar alcançar uma teoria pós-positivista que compreenda:

a) [o] nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não poder o uso de mixagens teóricas; e, b) enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo. (STRECK, 2010, p. 95).

Ou seja, o autor defende que as decisões judiciais não devem ser elaboradas a partir de critérios pessoais, submetidas à consciência psicologista do julgador, como se a realidade pudesse ser reduzida à sua representação subjetiva. Logo, as decisões judiciais desapegadas do raciocínio legalista podem incorrer, com mais frequência, no exercício da discricionariedade e do livre cometimento de ativismo, reforçando o protagonismo Judiciário – indesejável para o equilíbrio e estabilidade das instituições.

Em outras palavras, a posição privilegiada que ocupam os julgadores dentro da conjuntura social dificulta a manifestação entusiasmada perante decisões judiciais que se afastam do legalismo, para se aproximarem do pensamento pragmático – que estaria ocupado em conformar as variáveis que cercam o fato para garantir a construção da melhor sentença. Há que se ter cautela. Em um país em que a estrutura e a composição do Judiciário não resultam da expressão da soberania popular – do voto – incumbir ou permitir que seus agentes atuem como ‘último bastião’ da moralidade é de inevitável desassossego.

O pensamento pragmático, porém, não é destruído pelo argumento de sua insuficiência – ainda que o aumento da gradação da subjetividade do julgador possa

causar receio. No direito, parece-nos que ele nunca surgiu pretendendo suficiência e universalidade (se é que o fez sob o ponto de vista filosófico). Mas é claro que argumentos pragmáticos podem ser usados para relativizar a aplicação absoluta de normas e a força exacerbada de princípios, tornando a aplicação do direito mais justa. Os juízes de países de *Civil Law* sempre utilizaram argumentos pragmáticos. A maioria das vezes, porém, disfarçando-os de sistêmicos, legalistas, apenas para que pudessem ser aceitos como “jurídicos”. É hora de se valorizar os argumentos pragmáticos pelo o que eles verdadeiramente são, e talvez haja poucas áreas tão apropriadas para isso do que o Direito Eleitoral.

5 | A LEGITIMIDADE DO PRAGMATISMO NO DIREITO ELEITORAL

Se é verdade que o raciocínio pragmático não encontra limites lógicos, parece-nos também verdade que há campos em que seus pressupostos são ainda mais adequados, como é o caso do Direito Eleitoral. E isso dá-se por diferentes motivos.

O Direito Eleitoral é **um direito orientado a fins** constitucionalmente estabelecidos, mas concretizados pelo juiz. Busca a realização de eleições livres, limpas e justas, significado amplo que ultrapassa as possibilidades legislativas, por mais criativo que seja o legislador. O juiz eleitoral frequentemente realiza o teste pragmático – vê se sua decisão gerará efeitos adequados ao objetivo constitucionalmente previsto.

O Direito Eleitoral é **normativamente instável**. Por mais que se esforcem os bons doutrinadores, as regras eleitorais não dão a impressão de sistematicidade presente em outras áreas do direito. As normas, esparsas e sem visão de conjunto, abrem espaço à análise da qualidade da decisão a partir de suas consequências.

O Direito Eleitoral é **eminente político**, tanto no sentido de que trata de Direitos Fundamentais de tal natureza, quanto no sentido de possuir conceitos pouco científicos, pouco técnicos, mas, sim, permeáveis à significação popular.

O Direito Eleitoral é, mais do que qualquer outro em nosso país, **criado pelos juízes**. Não apenas pela importância das decisões repetidas em mesmo sentido mas, e sobretudo, pelo poder normativo atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral. Poder normativo que, em muito, se aproxima do da lei, mas que, até hoje, sempre encontrou guarida nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Passaremos ao desenvolvimento do argumento apresentado nesta subparte. Em primeiro lugar, apresentaremos um caso em que o juiz eleitoral encontra-se em atividade tipicamente judicial, de concretização do Ordenamento Jurídico. Após, um caso em que a falta de análise das consequências da regulamentação exarada gerou efeitos nefastos para o desenvolvimento da democracia no país.

O art. 22 da LC 64/90, na redação dada pela LC 135/2010, estabelece o rito para a apuração de atos de abuso do poder político e/ou econômico. São situações

em que, exemplificativamente, o candidato que é detentor de cargo abusa de seus poderes (ao pressionar servidores ou utilizar-se da máquina pública indevidamente). O inciso XVI assim dispõe: “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.”

A nova redação traz importante avanço, já que não mais vincula a punição à mudança dos resultados da eleição, como outrora fazia. Mas traz uma dificuldade hermenêutica. O juiz deverá determinar o que são “gravidade das circunstâncias”- dependendo do resultado, o candidato poderá ser absolvido, sofrer, apenas, uma multa, ou, até, perder o mandato e ficar inelegível por oito anos.

A solução tradicional para o caso é a análise da proporcionalidade da gravidade do fato com a gravidade da punição a partir da “régua” valorativa do próprio juiz. O que aqui se propõe é que sejam avaliadas as consequências sociais da punição. Imaginemos que o ato agride a essência de um princípio de direito administrativo, ou seja, é um erro grave. Ainda assim, a prática é comum e reiterada. Um juiz pragmático poderá argumentar em dois sentidos completamente diversos:

(1) poderá afirmar que a lei eleitoral busca, a longo prazo, alterar o modo pelo qual os detentores do poder se relacionam com a coisa pública, mas que tal mudança não pode ser exageradamente rápida. Se a prática social é o reiterado desrespeito ao princípio, a punição rigorosa pode parecer um casuísmo ou uma perseguição, aos olhos da sociedade. Melhor será afirmar o erro, aplicar penas brandas e indicar, para casos futuros, penas mais graves.

(2) poderá afirmar que a prática social desrespeita um princípio evidente e que deve ser duramente combatida. O desrespeito ao que é central ao direito dá-se ou pela certeza da impunidade, ou pela certeza de punições demasiadamente brandas, e só uma punição exemplar tem o poder de realmente educar a sociedade.

As duas linhas argumentativas são igualmente pragmáticas, e vão em sentidos opostos. A escolha se dará de acordo com o caso concreto e com o julgador, é certo, e podem dar a impressão de insegurança. Analisando objetivamente, porém, qualquer decisão seria insegura – e o argumento pragmático lança luz sobre outros elementos de análise, muito ricos: as consequências da decisão. Tratar das consequências de maneira expressa gera maior transparência do que uma decisão tipicamente legalista, que diria “com base no art. 22, XVI da LC 64/90, em face da falta de gravidade dos fatos, condeno a multa”. E saber quais são os verdadeiros motivos pelos quais se está sendo julgado é excelente, permite que se discuta o que, de outra forma, ficaria oculto.

Outra significativa característica do Direito Eleitoral é que ele é, em muitos casos, criado pelo próprio judiciário, especialmente pelo Tribunal Superior Eleitoral. A atividade regulamentar exercida é especial, exatamente por que, muitas vezes, ultrapassa a mera regulamentação – direitos são criados e extintos, em atividade de clara natureza legislativa. Apesar de questionável a constitucionalidade de

tamanho poder, o certo é que ele existe e é, reiteradamente, afirmado pelo Supremo Tribunal Federal. Não discutiremos, portanto, ao menos não no presente artigo, a constitucionalidade das resoluções do TSE.

Elas existem, vigem, geram e extinguem direitos. O problema que aqui queremos evidenciar é que argumentos pragmáticos em muito poderiam auxiliar na criação de melhores resoluções. Para isso, tomaremos por objeto a análise da resolução 22.610/07 do TSE, criada com o objetivo de regulamentar o procedimento para a perda de mandato em virtude de infidelidade partidária. O primeiro parágrafo do art. 1º criou exceções, situações em que a perda do mandato seria indevida:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

I) incorporação ou fusão do partido;

II) criação de novo partido;

III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

IV) grave discriminação pessoal. (BRASIL, Resolução 22.610, 2007)

Em suma: se sou um mandatário e troco de partido para um partido existente, perco o mandato. Agora, se participo do processo de criação de um novo partido político, minha migração partidária não é sancionada. O que moveu o raciocínio regulamentar foi a análise de princípios constitucionais, um “raciocínio baseado em princípios”, como diria Holmes na nota 15, supra. Há liberdade de associação, em nosso país, que é especialmente valorizada no *caput* do art. 17 da Constituição da República Federativa do Brasil, que afirma ser livre a formação de novos partidos políticos. Assim, é linear a argumentação: se sou livre para criar associações, sobretudo políticas, não posso ser penalizado ao criar um novo partido, que apresentará novas ideias e que aspirará ao poder em novas eleições.

As consequências que a exceção em tela gerou, porém, foram nefastas. Desde a entrada em vigor da resolução, oito novos partidos políticos foram criados, com migração maciça de parlamentares que buscavam novas oportunidades políticas. A crítica, tão antiga quanto verdadeira, que aponta o excesso de partidos no país fortaleceu-se, e a estabilidade do parlamento fragilizou-se ainda mais.

O uso de um raciocínio pragmático teria evitado o erro. A análise das consequências prováveis indicaria o perigo de se adotar a exceção do art. 1º, §1º, II da Resolução 22.610/07. Mas, para isso, o raciocínio pragmático deveria ser instrumental do Poder Judiciário o, que, infelizmente, não se verifica.

6 | CONCLUSÃO

A decisão judicial é ato de extrema complexidade, que é fruto de raciocínios que sofrem influências conscientes e inconscientes. Recebeu sua matéria moderna

a partir do pensamento liberal clássico, especialmente de Montesquieu, de inegável importância para sua definição. Hoje, porém, sabe-se que a definição setecentista era insuficiente, e que a criação justa do direito para o caso concreto leva um conta raciocínios de muitas ordens.

Dentre os raciocínios hábeis para a construção da decisão justa estão os de natureza pragmática, que projetam as consequências prováveis da decisão a ser tomada como argumento decisório legítimo. Não se trata, portanto, de pensar nas consequências, revestindo a decisão de roupagem legalista. Não, o raciocínio pragmático afirma que raciocinar a partir de consequências sociais e econômicas é, em si, digno, e pode auxiliar na tomada da boa decisão.

Para tanto, há que se ter em conta as limitações dos julgadores em decorrência da conjuntura política, da dinâmica social e da estabilidade das instituições de determinado Estado para que seja possível e quiçá desejável a construção de uma decisão que alcance a justiça para além do texto, que ocupe o lugar do legalismo estrito, da subsunção do fato à norma.

Dentre nós, países de direito legislado, o pensamento pragmático não goza de boa fama. Estamos presos a excelentes tradições, seja do Direito Natural, seja do Iluminismo, que alcançou maior perfeição jurídica na obra codificatória. Mas isso mostra-se, em muitos momentos, ser uma desvantagem, especialmente no Direito Eleitoral que, por suas características apresentadas, em tudo teria a ganhar com a análise de consequências. Essa análise, quando realizada de maneira clara e pública, permite que todos os atores processuais possam apresentar suas razões, diminuindo a discricionariedade judicial.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto R.. IRPF DE 2015 – OCUPAÇÕES PROFISSIONAIS: ALGUNS *RANKINGS* DO DECLARADO PELOS CONTRIBUÍNTES. **Caderno Virtual**. Brasília, v. 2, n. 35, pp. 1-32, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.610/07**. Relator Ministro Cezar Peluso. 25/10/2007

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988

ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. **Revista Conjuntura Austral**. Porto Alegre, v. 7, n. 37, pp. 09-16, ago./set. 2016.

FREITAS, Juarez. **A Hermenêutica Jurídica e as Ciências do Cérebro: Como Lidar com Automatismos Mentais** in Revista da Ajuris, v. 40, n. 130. Porto Alegre: AJURIS, 2013

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

LYNCH, Christian E. C. Togados da Breca: de Rui a Joaquim, barbosismo no STF. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 24-40, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 17ª edição. Forense: Rio de Janeiro,

1998

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de la Brède et de. **Esprit des lois**. Projeto Gutenberg, disponível em <http://www.gutenberg.org/files/27573/27573-h/27573-h.htm>, acessado em 06/06/2015

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORTE E VIDA SEVERINA, A ONIPRESENÇA DA MORTE FRENTE AO ANSEIO POR UMA VIDA DIGNA

Hellen Karoline dos Santos Farias

Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

Teresina-PI

Caroline Rodrigues Ferreira

Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

Teresina-PI

Natália Pereira da Silva

Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

Teresina-PI

Rosália Maria Carvalho Mourão

Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

Teresina-PI

RESUMO: O presente trabalho relaciona direito e literatura, através da análise da obra *Morte e Vida Severina* – Auto de Natal Pernambucano, de João Cabral de Melo Neto, possibilitando uma compreensão sobre o processo migratório intrarregional, perfazendo assim, uma reflexão crítica acerca do problema social que é causado pela falta de condições dignas de sobrevivência no campo devido às secas, evidenciando ser tal problema uma realidade que viola a dignidade da pessoa humana. O estudo será desenvolvido, principalmente, a partir da referida obra, da legislação brasileira, doutrinas, jurisprudência, revistas científicas, boletins jurídicos, periódicos, artigos científicos, obras acerca do tema, dentre outras pesquisas no campo jurídico que tenham como tema direitos

humanos. Objetiva-se assim, analisar através da obra *Morte e vida Severina* como o processo migratório intrarregional evidencia a condição de miséria causada pela seca no sertão e compreender tal situação como violadora do direito constitucional à vida. Concluiu-se, portanto, a necessidade de efetivação de políticas públicas que visem proporcionar uma vida digna as pessoas que dependem do meio rural para sobreviverem, e enquanto migrantes sejam oportunizados, através de aparatos estatais, meios dignos à subsistência, já que o sair do campo nem sempre significa abandonar a miséria.

PALAVRAS-CHAVE: direito, literatura, migração, miséria, desigualdade social.

THE DEATH AND LIFE OF A SEVERINO, THE OMNIPRESENCE OF DEATH IN THE FACE OF LONGING FOR A DIGNIFIED LIFE

ABSTRACT: The present study relates law and literature, through the analysis of the work *The Death and Life of a Severino – A Pernambuco Christmas Play*, by João Cabral de Melo Neto, enabling an understanding about the intra-regional migratory process, thus, accomplishing a critical reflection about the social problem that is caused by the lack of worthy conditions of survival in the countryside due to droughts, evidencing that this problem is a reality that violates the human person's dignity. The study

will be developed, mainly, from the aforementioned work, the Brazilian legislation, doctrines, case law, scientific journals, legal bulletins, journals, scientific papers, works on the subject, among other researches in the legal field that have human rights as a theme. It aims to analyze through the work *The Death and Life of a Severino* how the intra-regional migratory process evidences the condition of misery caused by the drought in the hinterland and understands such a situation as a violator of the constitutional right to life. Therefore, it was concluded the need to implement public policies that aim to provide a dignified life for people who depend on the rural environment to survive, and as migrants, through state apparatuses, decent means of subsistence are provided, since leaving the land does not always mean abandoning misery.

KEYWORDS: law, literature, migration, misery, social inequality.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma análise de um clássico da literatura brasileira, “Morte e Vida Severina” - “Auto de Natal Pernambucano”, escrito por João Cabral de Melo Neto, que através de versos narra a história de Severino, personagem principal, migrante que foge da seca do sertão nordestino em direção ao litoral em busca de sobrevivência, encontrando em sua trajetória a morte em diversas formas, a “morte em vida, vida em morte, severina” (MELO NETO, 2000, p. 59), a condição de morte em vida é representada pela mais completa e absoluta exclusão social.

Há, nesta obra, uma flexibilização da concepção de morte, sendo não apenas aquela quando finda a vida, mas, também, quando se vive desprovido de sua dignidade, da autoestima essencial para conquistar suas metas além da própria sobrevivência, portanto, privado das condições básicas para que se desfrute a vida de forma literal, fatores essenciais para que o indivíduo se determine na sociedade.

Tendo-se em vista o que aduz a Constituição Federal no seu artigo 5º da CF/88 que traz a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, deve-se frisar que o direito à vida transcende ao direito de viver, pois abarca o sentido de viver com dignidade, qualidade de vida, com liberdade, e com o mínimo de cidadania, conforme denota (MORAES, 2003, p. 87):

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais [...].

Dessa forma, tem-se como objetivo compreender a partir da referida obra de que forma a seca no sertão nordestino brasileiro e seus efeitos – o processo migratório intrarregional – frente à insuficiência de políticas públicas por parte do Estado, são fomentadores de um evidente desrespeito ao direito constitucional à vida digna.

Para tanto, adentraremos em uma concepção sociológica e jurídica, relacionando a situação fática da obra ora analisada ao que prega a Constituição Federal de 1988,

utilizando como perspectiva conceitos como dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, discriminação e exclusão social, bem como buscando investigar a motivação central que dá causa a retirada do seu local de origem para outro distinto.

2 | APORTE TEÓRICO

2.1 A Obra Morte e Vida Severina: Entre a Morte e a Vida Que não Merece Ser Vivida

A obra de João Cabral de Melo Neto retrata a vida dos retirantes do Sertão Nordeste, mais precisamente a caminhada de Severino, personagem principal, um jovem de vinte anos, que retira de Pernambuco da Paraíba ao litoral de Recife, percorrendo o rio Capibaribe e o utilizando como o seu guia, em busca de uma vida melhor. A solução encontrada por Severino foi abandonar sua origem para tentar a sorte em outro lugar. É um retrato tão vivo da sociedade brasileira na atualidade que não tem capacidade econômica e financeira para proporcionar a dignidade ao ser humano de forma concreta.

Severino durante sua trajetória se encontra com a morte em vários momentos, em certo momento uma morte social em outro momento uma morte cultural. Além da morte, se depara com a vida severina, que é a vida difícil, repleta de privações, miséria, fome, doenças e seca. Seu objetivo ao retirar foi tentar acrescentar mais dias a sua vida difícil, queria viver. Contudo, ao longo de sua trajetória só a morte encontra, o que o faz aos poucos perder a esperança:

Desde que estou retirando
só a morte vejo ativa,
só a morte deparei
e às vezes até festiva;
só morte tem encontrado
quem pensava encontrar vida,
e o pouco que não foi morte
foi de vida severina
(aquela vida que é menos
vivida que defendida,
e é ainda mais severina
para o homem que retira).
(MELO NETO, 2007, p. 100)

E enfim, ao chegar ao tão almejado destino, senta-se para descansar ao pé de um muro e sem ser notado ouve a conversa entre dois coveiros que reclamam sobre a quantidade de retirantes que vem do Sertão e ao chegar não tem onde trabalhar e nem morar, que, na verdade o trajeto que fazem é seguindo o seu próprio enterro.

Com isso, Severino, percebe que a realidade encontrada é outra, difícil e dura de

encarar, pois suas expectativas são frustradas e sua trajetória é cheia de dificuldade e sofrimento. E sem muita esperança entra em desespero e pensa em pôr fim a sua vida. E, quando está próximo a um dos cais do Rio Capibaribe aproxima-se dele um morador chamado José, mestre carpina, e eles começam a conversar sobre o Rio, e, Severino passa a fazer questionamento sobre a profundidade, se é capaz de cobrir um homem, quando José percebe a sua intenção de findar com a sua vida.

Por fim, o anúncio do nascimento do filho do José, mestre carpina, fez com que este passasse a ter motivos para defender a vida, e, assim, ressurgir a esperança em Severino, como se observa pelos versos abaixo:

é difícil defender,
só com palavras, a vida,
ainda mais quando ela é
esta que vê, severina;
mas se responder não pude
à pergunta que fazia,
ela, a vida, a respondeu
com a sua presença viva.
(MELO NETO, 2007, p. 132)

2.2 Miséria, Desigualdade Social e Exclusão

Eram constantes as migrações de pessoas vítimas da seca e do descaso dos governantes da época como a retratada na obra “Morte e vida severina”. Essas pessoas, assim como Severino, buscavam em outras cidades uma forma de conseguir trabalho, moradia, alimentação e saúde e, dessa forma, garantir a sua sobrevivência. No entanto, o que se percebe é uma constante violação aos direitos dessas pessoas que buscam uma vida digna.

De acordo com Pellegrini, Almeida, Gustin, Lima e Lennaco (2014) há necessidades humanas básicas generalizáveis a todo ser humano dotado de uma potencialidade de atividade criativa e interativa. Dentre tais necessidades encontram-se a de que as pessoas necessitam de uma identidade, para que se individualizem e identifiquem seu papel social.

As violações aos direitos inerentes à pessoa humana são perceptíveis na obra ora em análise. Percebe-se no início desta que Severino tem dificuldades até mesmo de se identificar como um ser individualizado, como se depreende dos versos abaixo:

O meu nome é Severino,
não tenho outro de pia.
Como há muitos Severinos,
que é santo de romaria,
deram então de me chamar
Severino de Maria;
como há muitos Severinos

com mães chamadas Maria,
fiquei sendo o da Maria
do finado Zacarias.
Mas isso ainda diz pouco:
há muitos na freguesia,
por causa de um coronel
que se chamou Zacarias
e que foi o mais antigo
senhor desta sesmaria. (...)

Como continuação dessas violações aos seus direitos, percebe-se que as outras pessoas, estas de certo modo com circunstâncias de vida melhores, são não apenas apáticas à situação dos retirantes como também demonstram total desprezo por suas vidas, como se depreende pela leitura dos versos seguintes:

- Eu também, antigamente,
fui do subúrbio dos indigentes,
e uma coisa notei
que jamais entenderei:
essa gente do Sertão
que desce para o litoral, sem razão,
fica vivendo no meio da lama,
comendo os siris que apanha;
pois bem: quando sua morte chega,
temos de enterrá-los em terra seca.

**- Na verdade, seria mais rápido
e também muito mais barato
que os sacudissem de qualquer ponte
dentro do rio e da morte.** (grifo nosso)
(MELO NETO, 2007, p. 118)

Nesses versos, é possível perceber a que ponto chega a “coisificação” do ser humano. O coveiro não percebe os retirantes como sujeitos de direitos, com sonhos, objetivos e sentimentos, na verdade, os vê apenas como um problema, pois suas mortes acarretam no aumento da quantidade dos seus serviços. A morte incomoda, e só assim, possibilita aos retirantes sair da invisibilidade social, que até então estavam inseridos. E é essa invisibilidade que dá sustentação a injustiças e violações contra as pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

Em contrapartida, a Constituição Federal no seu artigo 3º ao elencar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, traz, dentre eles, no seu inciso “III” o de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Conforme Maria Elena Rodrigues Ortiz (2004):

Os mais pobres estão sujeitos a diferentes formas de exclusão social, de isolamento, de discriminação ou de desigualdade. O não respeito dos princípios dos direitos humanos seja na esfera pública ou privada, cria a pobreza enquanto que, ao mesmo tempo, a pobreza pode criar discriminação e o não respeito dos direitos fundamentais.

A igualdade buscada pelas pessoas é aquela em que se tenha garantidos os mínimos direitos constitucionalmente resguardados, tais como direito à moradia, ao trabalho, à saúde, à alimentação, à segurança. Ocorre que enquanto os direitos constitucionalmente resguardados não forem efetivados, maior será a desigualdade social e, conseqüentemente, a exclusão social das pessoas em situação de vulnerabilidade.

De acordo com Pellegrini, Almeida, Gustin, Lima e Lennaco (2014): “Existe uma grande diferença entre a pobreza, em que as pessoas têm o mínimo para a sua sobrevivência, e a pobreza extrema, em que o Ser Humano é jogado na mais profunda miséria, sem as mínimas condições de sobrevivência [...]”.

Na obra ora em análise resta evidenciada que a pobreza vivenciada por Severino é uma pobreza extrema, ele retira para defender a própria vida, para acrescentar dias a esta, pensava que “ao menos aumentaria na quartinha, a água pouca, dentro da cuia, a farinha, o algodão da camisa, ou meu aluguel com a vida”.

É necessário que os direitos humanos sejam garantidos, efetivados e que suas violações sejam devidamente combatidas. Não é possível alcançar uma vida digna quando se convive constantemente com a fome, a seca, a miséria e o desemprego.

Para tanto, torna-se, essencial que se dê efetividade aos direitos dessas pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, visto que é impossível alçar uma vida digna enquanto os direitos fundamentais, resguardados pela Constituição Federal de 1988, continuarem a ser violados.

Como bem destacou Jarbas Soares Júnior, Membro do Conselho Nacional do Ministério Público (2014): “Mais do que um teto, o ser humano precisa é que sua alma seja respeita”.

2.3 A Dignidade da Pessoa Humana, o Mínimo Existencial e a Busca por uma Vida Digna

A dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil, princípio norteador de todo ordenamento jurídico brasileiro, e, base do sistema democrático de direito, tendo em vista sua importância e relevância para o meio jurídico-social é inquestionável a sua aplicabilidade, como instrumento constitucionalizado para impor normas de caráter humanitário dentro da sociedade. Assim, dispõe a CF/88:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

De acordo com Nunes (2010), a dignidade nasce com o indivíduo, é inata a ele, inerente a sua essência. Neste ponto, considerando que a pessoa nasce e vive no meio social, seus pensamentos, ações, comportamentos, intimidade e imagem devem ser respeitados, pois compõe a dignidade humana, esta entendida no contexto da coletividade. Desse modo, a violação aos direitos fundamentais, conseqüentemente fere este princípio. O que leva a reparação por parte do Estado e da sociedade, observando os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Conforme explica SARMENTO (2016), no Brasil o principal déficit de efetividade da dignidade da pessoa humana deriva da cultura enraizada, que não concebe a todas as pessoas como igualmente dignas, mas consagra privilégios para uns à custa do tratamento indigno a outros. Assim, é necessário combater as práticas sociais de hierarquia e da exclusão, para promover o ideal constitucional de igual dignidade das pessoas. Como bem retrata João Cabral de melo Neto (2007, p. 93) nos versos:

O dia de hoje está difícil;

Não sei onde vamos parar.

Deviam dar aumento,

ao menos aos deste setor de cá.

As avenidas do centro são melhores,

mas são para os protegidos:

Há sempre menos trabalho

e gorjetas pelo serviço;

e é mais numeroso o pessoal

(toma mais tempo enterrar os ricos).

Com efeito, a dignidade, deve ser usada para desnaturalizar qualquer forma de discriminação ou preconceito que exista dentro do meio social, cultural ou político. Portanto, o Estado tem o papel de concretizá-la através das ações do governo, e, da criação e aplicação de leis, considerando seu valor moral intrínseco ao ser humano, e, por estar ligada aos direitos e deveres que envolvem as condições básicas necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como direito fundamental a garantia do mínimo existencial ao positivá-lo no seu artigo 6º os direitos sociais. Aduz a CF/88 que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Os direitos sociais correspondem os direitos de 2ª geração, que tem como objetivo a igualdade social

material por meio de prestações positivas por parte do Estado. Trata-se, portanto, de um direito fundamental derivado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na obra *Morte e vida Severina*, é visível a violação aos direitos sociais em todo percurso feito por Severino, como bem destaca João Cabral de Melo Neto (2007, p.71) “de fraqueza e doença é que a morte Severina ataca em qualquer idade”. Depreende-se, que a falta de hospitais, profissionais qualificados, medicamentos, e, por fim, investimentos por parte do Estado na área da saúde, moradia, trabalho, e, em outras áreas, causam problemas que afetam, e, colocam em situação de risco social, em especial, as pessoas vulneráveis, expostas a todos os tipos de violação e violência, seja no âmbito moral, social, político, assim, são necessárias medidas cabíveis para proporcionar uma vida mais digna com saúde.

O mínimo existencial corresponde às prestações materiais essenciais fornecidas pelo Estado com intuito de prover uma vida digna aos que necessitam para subsistência. A omissão estatal compromete a existência digna, e, cabe ao poder público concretizar o mínimo existencial através de leis ou das ações de políticas públicas destinadas aos que vivem em situação de vulnerabilidade social. A conscientização da população acerca dos direitos sociais é fundamental para efetivação desses direitos, e, se torna pertinente o ajuizamento de ações judiciais que demandam prestações materiais a serem oferecidas pelo Estado quando negadas, como por exemplo, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que é a garantia de um salário mínimo mensal ao idoso (65 anos) ou à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família, sendo que, a renda per capita familiar tem que ser inferior a 1/4 do salário mínimo.

Conforme SARMENTO (2016) apesar do reconhecimento normativo, o mínimo existencial não é assegurado a todos efetivamente, tendo em vista que na população brasileira grupos de pessoas não desfrutam do acesso aos bens e direitos essenciais para uma vida digna, pois vivem em absoluta miséria, expostas à insegurança alimentar, sem acesso à moradia adequada, ao saneamento básico, à saúde e à educação. O que acarreta a sobrevivência em condições indignas, e, o não exercício dos direitos civis e políticos de forma plena, que é contrário à ideologia do Estado Democrático na concepção de igualdade de oportunidades na participação do processo político.

De acordo com Fabre (1998, p. 432 *apud* SARMENTO, 2016, p.203):

Se eu não sei como vou conseguir comer a próxima refeição e onde vou dormir, ou se estou gravemente doente, é improvável que eu pense sobre em quem vou votar na próxima eleição. Em outras palavras, as pessoas precisam estar livres da luta pela sobrevivência antes de dedicarem tempo e energia para pensar em como a sociedade deve ser governada.

Nesta abordagem, vários são os fundamentos para o mínimo existencial, entre eles, destaca-se a liberdade e a democracia. Ao traçar um paralelo entre a democracia,

que visa à defesa da soberania popular com a efetiva autonomia política, e, a garantia do mínimo existencial, percebe-se que as pessoas em situação de miséria têm a liberdade política restrita ao serem submetidas às relações de dependência material com outras pessoas em condições econômicas mais elevadas.

Ressalte-se que, cabe ao Estado o papel de prestar serviços na área da saúde, educação, previdência e assistência social, tais prestações têm como objetivo prover uma vida digna a todos independentemente de classe, raça, cor, sexo, entre outros estereótipos impostos para viver em sociedade, desta forma, atua em prol de oferecer melhores condições de vida aos necessitados, considerando que não possuem meios de se sustentar, tornando se um ideal de justiça social. É notório, que a sociedade também tem seu papel relevante, quando atua junto com o Estado para alcançar os objetivos traçados, firmar a conscientização das pessoas acerca das ações de caráter prestacionista, na medida em que a união de todos em prol de condições melhore de vida, ou seja, possibilita, portanto, viver com o mínimo de dignidade, sem dúvidas, é um avanço na conquista de direitos. Além das condições materiais, o mínimo existencial, abrange as condições socioculturais e ambientais, e, uma gama de fatores que possibilitam uma vida digna, com bem-estar.

Registre-se que, o exercício da cidadania, por meio de pessoas em estado de miserabilidade, que não tem condições materiais de sobrevivência, sem que haja estrutura nas áreas básicas da educação, saúde, moradia, se torna complexo, e, em certos casos impossíveis. Neste sentido, Canotilho (1998, p. 432, *apud* SARMENTO, 2016, p. 203), afirma que “abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem, as pessoas não podem fazer parte da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadão iguais”. Entende-se que, para o exercício pleno de ser cidadão o Estado deve oferecer meios de subsistência adequados, sem que haja violação dos direitos fundamentais, ora previstos na Carta Magna de 1988. Desse modo, percebe-se que é essencial a observância do mínimo existencial, entendido como núcleo duro dos direitos fundamentais, já que a sua falta vem a violar a própria dignidade humana.

3 | METODOLOGIA

O sistema de pesquisa conforme o procedimento será bibliográfico, pois será desenvolvido a partir de materiais já elaborados acerca da temática, como livros, artigos científicos, revistas e periódicos. Que conforme Lakatos (2002) é um sistema de pesquisa que reúne a estrutura e a análise sobre determinada área do conhecimento por meio de uma avaliação quantitativa de inúmeros dados bibliográficos.

Já quanto ao seu objetivo é descritiva, pois objetiva retratar as características do objeto estudado, expondo com precisão os fatos, para estabelecer a natureza das relações entre as variáveis delimitadas no tema. Odilia Fachin (2010) entende que

a pesquisa descritiva busca analisar variáveis e a forma como elas se relacionam com um determinado fenômeno. Quanto a sua abordagem é qualitativa, pois se busca analisar e interpretar aspectos mais profundos, fornecendo uma análise mais detalhada acerca do tema.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade apresentada na obra é como um espelho da sociedade contemporânea, esta vive em constante transformação e uma extrema globalização com alta tecnologia, porém com uma nítida desigualdade de oportunidades que desencadeiam em situações como a de Serevino, que se retira em busca de dignidade. Apesar da grande evolução tecnológica, a humanidade passa por um grande problema no que diz respeito a organização político-territorial.

Embora a obra trate sobre um caso de migração regional, ambientado no século passado e no Nordeste brasileiro, há uma nítida similaridade com o que tem acontecido, por exemplo, com os venezuelanos e imigrantes sírios, que buscam no Brasil ou em outros países um refúgio para se esconder da guerra, fome, perseguição política, religiosa ou étnica.

É da natureza humana a busca por melhores condições de vida, pois é nato do ser humano a busca por sua dignidade. Portanto, a obra, mostra-se atemporal e uma forma de conscientização desta problemática mundial. Ao expor a temática sobre o contexto da obra “Vida e Morte Severina”, foi possível discutir sobre quais meios viáveis para se implementar as políticas públicas de inserção e planejamento governamental. Nesse sentido, o trabalho baseia-se na dignidade da pessoa humana que é considerada base do ordenamento jurídico e da sociedade, pois a constituição de 1988 estabeleceu como um dos princípios fundamental da República Federativa do Brasil, na qual precisa ser respeitada e garantida por meios legais aos cidadãos, independente de região ou estado em que vivem.

Ao confrontar os dados obtidos por meio da leitura da obra com a atual sociedade contemporânea observa-se que ainda persistem as injustiças entre diferentes regiões do Brasil em que o nível de estrutura, saneamento básico, saúde, condições de emprego e educação permanecem, ao longo da história, de forma marcante, sem expectativa de mudança, demarcando, assim, de forma ululante, uma desigualdade entre as regiões do país. Nota-se a necessidade da criação de programas governamentais com parâmetros e diretrizes voltadas para proporcionar igualdade regional entre os Estados brasileiros, sem deixar de pensar na vida digna do ser humano, pois ninguém é dado ou submetido a condições degradantes onde se vela pela democracia e o respeito ao próximo.

Portanto, toda análise construtiva só foi possível porque a literatura se coloca nesse cenário de incertezas como um instrumento de reflexões sobre o passado,

fazendo com que haja uma comparação com o presente para poder criar meios de melhorar o futuro de maneira acertada. Assim, percebe-se que a literatura é fundamental para o entendimento da sociedade e o contexto no qual as pessoas estão inseridas. Sua relevância é inquestionável para o aprendizado humano e foi essencial para a construção do presente trabalho, pois permitiu uma nova visão com pensamentos críticos acerca do tema proposto.

Conclui-se ser latente a necessidade de políticas públicas de inclusão e de diminuição das desigualdades sociais e regionais, que haja assistência para aqueles que residem nas áreas mais pobres e menos favorecidas do Brasil, e, para aqueles que migram, que lhes sejam assegurados assistência e oportunidades para que se integrem de forma plena e que possam alcançar as melhores condições que tanto almejam. Em síntese, faz-se necessário a elaboração de projetos voltados a assegurar saúde, trabalho, moradia e alimentação, resguardando assim os direitos humanos e sociais, de forma continuada, para assim, então, poder de fato reintegrar socialmente esse grupo vulnerável que se apresenta em situação de risco.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de agosto de 2018.
- PELLEGRINI, A.; ASSAGRA, G.; GUSTIN, M.; LIMA, P.C.V de; LENNACO, R. [Orgs.]. **Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.
- MELO NETO, João Cabral, **Morte e Vida Severina**. Rio de Janeiro. Objetiva, 2007. p.91-153.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003;
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. (p.59-70)
- SARLET Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ORTIZ, Maria Helena Rodrigues. **Justiça Social: uma questão de direito**. In: **ORTIZ, Maria Helena Rodrigues (org.)**. *A pobreza desde uma perspectiva de direitos humanos*. Rio de Janeiro. DP&A Editora e Fase, 2014.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1º ed. 1º reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. (p. 189-239).

O DIREITO SISTÊMICO COMO UM GRANDE ALIADO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Jamile Gonçalves Serra Azul

Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhaguera. Rede Luiz Flávio Gomes de Ensino, 2013

RESUMO: O alemão Bert Hellinger, desenvolveu o que hoje denominamos de Constelação Familiar Sistêmica. O juiz brasileiro, Sami Storch, aproveitando do conhecimento das constelações familiares, passou a aplicar os ensinamentos desta abordagem no direito, em especial, nos casos que estavam sob o seu julgamento, o que passou a denominar de Direito sistêmico. Diante disso, busca-se analisar como o Direito sistêmico pode impactar positivamente a atuação dos Defensores e Defensoras Públicas. Para tanto, utilizou-se de pesquisa documental e método dedutivo a fim de analisar como os Defensores e Defensoras Públicas podem tornar o atendimento da população vulnerável mais eficaz por meio das práticas do direito sistêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública; vulneráveis; Direito sistêmico.

SYSTEMIC LAW AS A GREAT ALLY OF PUBLIC DEFENSORY

ABSTRACT: The German Bert Hellinger,

developed what we now call the Systemic Family Constellation. The Brazilian judge, Sami Storch, taking advantage of the knowledge of the family constellations, began to apply the teachings of this approach in law, especially in cases that were under his judgment, which he called systemic law. Therefore, it seeks to analyze how systemic law can positively impact the performance of Public Defenders. To do so, we used documentary research and a deductive method to analyze how Public Defenders can make the care of the vulnerable population more effective through systems law practices.

KEYWORDS: Public defense; vulnerable groups; Systemic right.

1 | INTRODUÇÃO

O alemão Bert Hellinger desenvolveu o que hoje conhecemos como Constelações Familiares Sistêmicas que vem sendo utilizado por mais de dezesseis Tribunais de Justiça brasileiros, como uma forma alternativa de resolver litígios judiciais (BRASÍLIA, 2018).

Bert Hellinger ao desenvolver as constelações familiares sistêmicas utilizou aspectos percebidos pela estadunidense Virginia Satir, nos anos 70, no seu método das “esculturas familiares” como o fato de uma pessoa estranha, convocada a representar um

membro da família, passar a se sentir exatamente como a pessoa a qual representa, às vezes reproduzindo, de forma exata, sintomas físicos da pessoa a qual representa, mesmo sem saber nada a respeito dela. (WIKIPEDIA, 2019)

Esse fenômeno, ainda muito pouco compreendido e explicado, já havia sido descrito anteriormente por Levy Moreno, criador do psicodrama. Algumas hipóteses têm sido levantadas também utilizando-se da teoria de evolução dos "campos morfogenéticos", formulada pelo biólogo britânico Rupert Sheldrake e apoiando-se em conceitos da Física Quântica como, por exemplo, a não localidade (LAHORE, 2018).

Somado a estes conhecimentos, bem como com a técnica descrita por Eric Berne e aprimorada por sua seguidora Fanita English de "análise de histórias", Hellinger descobriu que muitos problemas, dificuldades e mesmo doenças de seus clientes estavam ligados a destinos de membros anteriores de seu grupo familiar e ao desrespeito de algumas leis naturais, as quais denominou "as ordens do amor".

O Conselho Nacional de Justiça através da Resolução 125/2010 criou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, a fim de estabelecer um tratamento adequado para resolução de conflitos de forma não litigiosa, o que foi referendado pelo Novo Código de Processo Civil, demonstrando que a forma tradicional de solucionar as demandas não vêm gerando um resultado positivo, como atestam os 80 milhões de processos em andamento na justiça brasileira, conforme dados do CNJ.(BRASÍLIA, 2018)

Para reforçar a posição de vanguarda, o Conselho Nacional de Justiça publica a Portaria 16/2015 (BRASÍLIA, 2015) que prevê, no art. 1º, inciso VI: "potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida."

Em 2010, com base na posição do CNJ, dentro do ambiente garantista das regras constitucionais de 1988, por intermédio dos mecanismos e regramentos supracitados, nasce, no Brasil, o Direito Sistêmico. E a primeira publicação com essa nomenclatura foi utilizada pelo juiz Sami Storch, da Bahia, no próprio blog, novembro de 2010.

O magistrado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Sami Storch passou a utilizar a terapia da constelação familiar em 2012 para solucionar os conflitos das partes que atendia. Ele tomou conhecimento da técnica em uma terapia pessoal, antes de ingressar na magistratura e, ao aplicá-la às disputas judiciais, surpreendeu-se com os bons resultados.

No ano de 2012 o juiz Sami Storch testou a técnica com cidadãos do município de Castro Alves, a 191 quilômetros de Salvador e nas 90 audiências realizadas, nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de Constelações, o índice de conciliação foi de 91%.(BRASÍLIA, 2018)

Atualmente, no Brasil mais 16 (dezesesseis) Tribunais de Justiça aplicam a terapia

em demandas pré e pós processuais das mais diversas searas do direito e no Estado de Goiás, o CNJ premiou no V Prêmio Conciliar é Legal em 2015 um projeto da comarca de Goiânia, que usou as constelações em mediações judiciais, com índice de solução de cerca de 94% em disputas familiares.

Sendo levado em grande parte pelo movimento iniciado pelo Poder Judiciário, os Defensores Públicos também têm acompanhado os avanços proporcionados pelas constelações na solução de demandas que muitas vezes demorariam anos para serem resolvidas.

Entretanto, as constelações familiares não somente é uma nova forma de solucionar conflitos como também se apresenta como um instrumento de aperfeiçoamento do própria atividade Defensorial ao mostrar que o (a) Defensor(a) Público(a), a partir de algumas posturas e práticas, pode auxiliar as partes a, de fato, colocarem um fim ao conflito que o fez procurar a instituição, evitando a perpetuação das demandas e proliferação dos conflitos.

Assim, este trabalho se propõe a analisar, a partir de algumas experiências práticas, como o (a) Defensor (a) Público (a), a partir dos ensinamentos do direito sistêmico, pode tornar o atendimento da população vulnerável mais eficaz.

2 | O DIREITO SISTÊMICO

Direito sistêmico é expressão utilizada pelo juiz Sami Stoch para denominar a análise do Direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, conforme demonstram as constelações familiares desenvolvida por Hellinger.

Segundo o juiz(STORCH, 2019):

O Direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio.

Estas ordem superiores são chamadas por Bert Hellinger de Ordens do Amor. São elas: o pertencimento, a hierarquia e o equilíbrio entre o dar e o tomar. Essas ordens seriam como as leis da física, cuja existência e influência ocorrem independentemente da nossa consciência acerca delas ou da nossa vontade (hellinger, 2015, pág. 27).

A primeira Ordem do Amor é o pertencimento. Segundo ela, todos os membros de um sistema familiar devem pertencer. Esta ordem inclui todos aqueles que fazem parte, independentemente de estarem vivos ou mortos. Se um membro se perde do grupo familiar ou a ele é negado o direito de pertencer, haverá no grupo a necessidade de restabelecimento da completude.

É muito comum isso acontecer, por exemplo, em casos de filhos que não têm

contato com o pai. Esses filhos, como uma maneira amorosa de honrar o pai, passam a ter comportamentos semelhantes ao do pai excluído, mesmo sem ter qualquer contato com ele. É uma forma de incluir no sistema o pai a quem foi negado o direito de pertencer. Portanto, independentemente de nossa vontade, todos os membros de uma família, vivos ou mortos, fazem parte do sistema e influenciam as gerações futuras (HELLINGER, 2012).

A segunda Ordem do Amor é a hierarquia. Bert Hellinger nos ensina que, segundo esta ordem, os membros familiares que vieram antes têm precedência em relação àqueles que vieram depois. Os pais têm precedência sobre os filhos e o irmão mais velho tem precedência sobre o mais novo. A hierarquia é desrespeitada, por exemplo, quando os sucessores interferem em assuntos dos antecessores, e julgam saber mais do que aqueles que vieram antes.

Por último, tem-se a ordem do equilíbrio. Esta ordem prevê que as relações são regidas pelo dar e tomar. As relações humanas são relações de trocas recíprocas, tanto para o bem, quanto para o mal. Quando recebemos algo, sentimos necessidade de compensar e, uma vez que entendemos ter retribuído aquilo que recebemos, nos sentimos aliviados. O equilíbrio pode advir de trocas positivas, quando alguém faz um bem para o outro e igualmente recebe deste algo bom; mas também pode ocorrer com trocas negativas, quando fazemos mal a alguém. Esse equilíbrio, no entanto, só pode ser buscado em relações entre pessoas de mesmo nível hierárquico.

A relação entre pais e filhos será sempre desequilibrada. Os filhos jamais poderão retribuir aos pais o que deles tomaram e o que de mais valioso lhes foi dado: a vida. Nessas relações, o amor deve seguir adiante, como o fluxo de um rio, no sentido da vida. Assim, os filhos passam o que tomaram para a próxima geração.

Nas relações entre casais, é necessário que a retribuição positiva seja sempre um pouco maior do que aquela que se tomou. Já a retribuição negativa, deve ser um pouco menor do que o mal que outro lhe fez e sempre com amor. Dessa forma, o equilíbrio entre um casal em harmonia não é estático. A relação deve ocorrer de modo que as trocas sejam valiosas e maiores.

Quando estas ordens são desrespeitadas, consciente ou inconscientemente, o sistema buscará meios de se completar, o que pode acarretar desordem, dor e sofrimento. A busca pela completude pode ser verificada pela identificação de dinâmicas de comportamento que sugerem a violação das ordens.

Entretanto, considerando que o profissional do direito é um ajudante profissional, independente de qual papel/função que exerce no sistema de justiça, segundo os ensinamentos sistêmicos, este profissional também deve observar as ordens da ajuda na sua atuação.

Estas ordens são derivações das leis/ordens do amor anteriormente descritas, mas aplicadas especificamente nas relações ajudante/ajudado. Quando não são observadas, o que se depreende através da fenomenologia (HELLINGER, 2007, pág. 97), é que a ajuda não é eficiente além de gerar transtornos das mais diversas

searas para o ajudante.

São elas

- Dar apenas o que se tem e esperar e tomar apenas o que se necessita;
- Submeter-se às circunstâncias e somente interferir e apoiar à medida que elas o permitirem – trata-se, desse modo, de uma ajuda discreta e, ao mesmo tempo, forte;
- Colocar-se o ajudante como adulto diante de outro adulto que procura ajuda, evitando, assim, a transferência à relação de ajuda profissional da lógica de uma criança pedindo ao ajudante como quem pede aos pais;
- Estabelecer empatia em relação ao sistema como um todo, e não ao consultante de forma exclusiva, tendo em vista, sobretudo, as pessoas da família eventualmente excluídas;
- Cultivar o amor a cada ser humano, independentemente das diferenças – abrir mão, dessa forma, dos sucessivos julgamentos;
- Ajudar sem lastimar – ou seja, lastimar a situação com a qual o consultante está lidando prende a pessoa ao passado; aceitar a situação possibilita visualizar soluções outras desde a força do consultante.

Neste sentido, com base nos conhecimentos destas leis, os profissionais da área jurídica, ao serem demandados para atuar em qualquer espécie de conflito, em uma atuação com fulcro no direito sistêmico, além de promoverem uma ajuda sistêmica, observando as ordens da ajuda, podem perceber no atendimento ou atuação processual, qual ou quais ordens do amor estão sendo violadas e convidarem/provocarem as partes a olharem para isso.

Esta é uma prática que está dando certo tanto que o Juiz Sami Storch (2019) exemplifica os êxitos com os dados abaixo:

Por meio de questionários respondidos após a audiência de conciliação por pessoas que participaram das vivências de constelações, obtivemos as seguintes respostas:

59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita;

59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito;

77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito;

71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%;

94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora;

76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(ua) filho(a) com

ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos;

55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.

3 | DEFENSORIA PÚBLICA SISTÊMICA

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado na medida em que assegura o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita através da orientação jurídica e a defesa dos necessitados, nos termos do artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal.

Desta forma, a Defensoria Pública, juntamente com as Delegacias de Polícia, costuma ser a porta de entrada no Sistema de Justiça Brasileiro das pessoas que buscam solucionar os seus conflitos, seja com a lei, com a família, com os vizinhos, entre outros.

Entretanto, como bem consta no I Relatório Nacional de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade (BRASIL,2015) :

“o Defensor Público propicia mecanismos de defesa da pessoa humana em toda a sua vulnerabilidade, inclusive a de ordem financeira e econômica, e, nesse espectro, defende a pessoa e a cidadania em todas as suas abrangentes carências e necessidades.”

Logo, cabe a esta instituição a defesa da parcela mais vulnerável da sociedade, o que muitas vezes termina em ensinar uma ajuda ineficiente na medida em que a Defensoria se coloca como salvadora e a pessoa que busca ajuda, como vítima ou perpetradora, entrando naquilo que Karpman (2010) denomina de triângulo dramático sendo que este triângulo sempre se movimenta, então, que é vítima, passa a ser perpetrador, este passa a ser salvador e por aí vai.

Desta forma, observar as ordens da ajuda se mostra como um relevante passo para possibilitar uma atuação saudável e eficiente da Defensoria Pública.

Segundo o livro “Ordens da Ajuda” de Bert Hellinger (2013, pág. 16), muitos ajudantes costumam se colocar perante aqueles a quem ajuda como pais, assim como aqueles que buscam auxílio, se posicionam como filhos daqueles a quem pedem ajuda.

Em geral, quando o ajudante é uma mulher existe uma projeção da mãe e quando se trata de homem, do pai. Neste contexto, expectativas são geradas em relação às projeções feitas e o auxílio buscado fica, de fato, prejudicado.

Na Defensoria Pública isto é muito comum nas mais diversas searas, entretanto,

na infância e juventude, tanto infracional quanto cível, ousa afirmar que seja a área mais passível de acontecer.

Na infância cível, isto é bem comum em relação aos genitores das crianças acolhidas que, rotineiramente, deixam para pedir auxílio da Defensoria Pública quando o processo judicial está em avançado andamento e se veem na iminência de perderem o poder familiar sobre os seus filhos.

O(A) Defensor(a) assim, muitas vezes comovido com a situação dos genitores e das crianças, que em sua grande maioria possuem grande vínculo afetivo com os seus pais, em que pese as denúncias de negligência, maus-tratos, omissão, entre outras, se coloca como um possível salvador daquele triângulo dramático. Entretanto, como bem ensina Bert Hellinger em sua obra *O Amor do Espírito* (2015, pág. 114), o ajudante deve auxiliar o cliente a alcançar o seu próprio destino a fim de que o mesmo cresça e se desenvolva de acordo com o que lhe é adequado.

Ocorre que, por mais endurecidos que nos tornemos pelo exercício da profissão de Defensor(a) Público(a), nos toca demais os difíceis destinos das mães e pais das crianças acolhidas e muitas vezes pensamos que podemos intervir para mudar algo nestes destinos que julgamos infelizes, seja porque as crianças nada têm a ver com isso, seja porque há na própria instituição uma boa consciência para que atuemos assim.

Não obstante, ao exercermos esse juízo de valor, a ajuda fica prejudicada, já que ao diferenciarmos o que é bom do que é mau, mesmo que mentalmente, terminamos por excluir alguém, que julgamos ser o responsável pelo fato ruim que acomete aquela criança naquele momento, por exemplo. Fazendo isso, nos colocamos acima do destino destes assistidos e do seu pai e da sua mãe, na medida em que a vida e a história daquela pessoa, é a vida e a história de um sistema familiar que muitas vezes sequer temos noções dos seus emaranhamentos mas que julgamos como ruim e, portanto, queremos mudar, nos transformando em algo semelhante ao Criador, já que nós, que supostamente sabemos o que é o melhor para aquele assistido.

Bert Hellinger ensina que a primeira coisa a fazer nesses casos de transferência e contratransferência é o ajudante dar aos pais do cliente ou assistido um lugar de respeito e amor no seu coração, afinal, aquela pessoa só está ali, viva, porque esses pais lhes deram o presente mais valioso que poderia existir: a vida. Assim, ao respeitar e entrar em sintonia com os pais do assistido, o ajudante, contraditoriamente, faz com o que aquele encare os seus verdadeiros pais, evitando fuga e transferência.

“Em *“As Ordens da Ajuda”* Hellinger aponta que “a arrogância da criança, em relação aos pais, continua na arrogância do ajudante perante o cliente.” Ou seja, o (a) Defensor(a) que afirma que quer ajudar determinado assistido e entra na transferência e contratransferência com este, tem esta relação em razão dos seus próprios emaranhamentos com os seus pais. Provavelmente se julga maiores e melhores que estes, inconscientemente, e, por isso, gosta de dizer para eles o que é certo, o que é errado, exatamente como faz com os assistidos.

Nos casos de destituição de poder familiar, como já dito, em regra, as mães ou pais, relatam destinos difíceis e se colocam como vítimas de uma série de acontecimentos e de pessoas, a começar da sua mãe e de seu pai(este, na maioria das vezes, pessoa completamente desconhecida). O(A)s Defensore(a)s, assim, olham para aquele assistido(a) como uma vítima e passam a fazer o papel do pai ou da mãe que essa pessoa não teve ou que ela julga que teve de maneira insuficiente, sempre com muita pena, atendendo em qualquer lugar, em qualquer horário, fazendo muito mais do que a sua função institucional impõe.

Subsequentemente, este assistido, que já está totalmente identificado com o papel de vítima, ao saber de uma sentença desfavorável, por exemplo, se julga mais uma vez vítima da sociedade, por ser uma pessoa pobre que não teve condições de pagar advogado e que por isso teve sua demanda julgada desfavoravelmente. O(a) Defensor(a), por sua vez, fica frustrado, já que fez mais do que podia e cabia no caso e, além de não ter tido êxito, não teve reconhecimento pelo trabalho feito nem mesmo pelo assistido, que ocupou o papel de seu filho durante todo o transcurso da demanda e, portanto, se sente no direito de receber de maneira ilimitada.

Este é um quadro rotineiro na Defensoria Pública e que reflete a desordem na terceira ordem da ajuda pois, o que se observa, é que o(a) Defensor(a) Público(a) além de se colocar em uma posição equivocada, trata o assistido como uma criança, tirando até mesmo a força deste de resolver as suas demandas e ser responsabilizado por suas escolhas. Assim, uma postura que em muito poderá ajudar esses profissionais no exercício dessa função é olhar, com amor e respeito, para os pais desses assistidos, sem julgamento e sem intenção e, em seguida, olhar para esse assistido como um adulto que precisa, inicialmente, aceitar esse destino e a sua família, da exata forma como se apresenta e, em sucessivamente, saber que, por mais difícil que tenha sido a sua vida até então, ele sobreviveu, o que o faz uma pessoa forte e capaz de resolver os seus problemas. A partir daí, o(a) Defensor(a) poderá se ocupar da sua missão instituição de promover direitos, sem nenhuma responsabilidade além da imposta pela lei.

Algumas posturas e atitudes podem ser tomadas pelo(a) Defensor(a) para a efetivação desta ordem, são exemplos:

1 – Ao atender uma pessoa que já começa dizendo que você é a última esperança, ou que expresse de alguma forma a grande expectativa de salvação que tem em relação a você ou a Defensoria, é importante fazer intervenções, através de questionamentos, que façam com que o (a) assistido(a) reflita como ele(a) contribuiu para a situação chegar aquele determinado ponto e, como ele pode fazer diferente, consequentemente o fazendo retornar ou chegar ao lugar de adulto;

2 – Quando o assistido(a) começar a reclamar de uma série de pessoas ou situações que a prejudicaram ou tiveram um comportamento supostamente inadequado, ex: mães que reclamam dos pais de seus filhos que nunca pagaram

pensão ou que nunca fizeram uma ligação de aniversário, etc, é importante não assumir uma postura de indignado(a), fomentando mais crítica, dizendo frases como “ tudo sobra pra a mulher mesmo”, entre outros.

Frases como estas, além de fomentar a posição de vítima, exclui aqueles que também foram responsáveis pela existência da criança. Assim, é relevante conversar com o (a) assistido(a) de forma a mostrar a importância de todos aqueles que ela(e) excluiu na sua fala inicial. No caso da pensão alimentícia e abandono afetivo, dizer que, apesar de toda esta situação, a criança só existe exatamente daquele jeito, porque teve aquele pai/mãe e que ela ama a ambos da mesma forma e se a mãe/pai continuar a excluir o(a) genitor(a), o(a) filho(a) tentará o incluir no sistema familiar de alguma forma, inconscientemente, seja se portando igual ao excluído, seja demonstrando uma raiva ou rebeldia supostamente inexplicável, como é rotineiro se perceber nos casos atendidos na Defensoria.

3 – A constelação familiar utiliza algumas frases sanadoras que podem ser utilizadas tanto em petições como também ditas pelo (a) Defensor(a) Público(a) durante os atendimentos, como nas tentativas de acordo. São exemplos de frases sanadoras: “ Faço a minha parte e deixo a sua com você”; “Sou grato por tudo que vivemos”.

Tanto as frases, quanto as posturas acima mencionadas, têm sido aos poucos implementadas na Defensoria Pública da comarca de Rio Negro/MS e o que se observa é que os acordos e até mesmo as petições que contêm estas intenções têm sido menos objeto de cumprimento de sentença e revisão do que as que não constam estas frases.

Ao fazermos um divórcio consensual, por exemplo, após a assinatura do termo, é normalmente falado para o ex casal que, apesar deles estarem finalizando juridicamente a relação deles ali, e considerarem que não deram certo, a bem da verdade eles fizeram uma das coisas mais valiosas que o ser humano pode fazer: geraram uma outra vida e eles só tiveram aquele filho/a maravilhoso/a que tiveram, porque foi com aquele/a pai/mãe. O efeito dessa fala é imediato, por mais tenso que tenham sido os momentos anteriores, eles sorriem e agradecem, deixando o ambiente de uma maneira muito mais harmoniosa.

Quando o casal não teve filhos, mencionamos os aprendizados e a resiliência que aquela relação trouxe, além dos momentos felizes que passaram juntos e o efeito é muito semelhante com o descrito no parágrafo anterior.

Assim, a partir de uma amostragem de 44 (quarenta e quatro) acordos feitos, das mais diversas searas, no período de agosto de 2018 a maio de 2019, observou-se que aqueles que as frases constaram nas petições e foram ditas para as partes não houve nenhuma propositura de cumprimento ou revisão posteriormente. Enquanto que para o mesmo período, os acordos que não possuíam as frases sistêmicas, nem estas foram ditas para as partes, tiveram descumprimento em cerca de 11% dos casos.

4 – A partir de maio de 2019, também foi implantado na comarca de Rio Negro/MS, em parceria com a polícia civil da cidade, o projeto “Maria da Penha sistêmica.”. A proposta deste projeto, que teve o seu primeiro encontro no dia 17 de maio de 2019, é que todos os envolvidos nos boletins de ocorrência de violência doméstica registrados no ano de 2019, sejam convidadas a participarem de 03 (três) ciclos de reuniões, em datas pré-agendadas, separando vítimas de supostos agressores, no salão do Tribunal do Júri do Fórum.

Estas reuniões que são conduzidas pela Defensora, o Delegado e a policial civil responsável por atender as demandas de violência doméstica da cidade, abordarão, respectivamente, a Lei Maria da Penha, os tipos de violência e quais os instrumentos/instituições existentes na cidade para atender a vítima/agressor.

Além da parte teórica, são realizados exercícios sistêmicos com os assistidos, como por exemplo, os participantes são convidados a olharem para o seu pai e sua mãe, através de representantes escolhidos na hora, e agradecerem por tudo que receberam deles, mesmo que seja “apenas” a vida.

Isto, porque, o que se observa a partir de uma visão “Hellengeriana” é que se não agradecemos pelo o que recebemos, vamos para a vida, para os relacionamentos, querendo “receber” aquilo que entendemos que nossos pais não nos deram e repetimos um padrão de relacionamento, onde sempre um se coloca como filho do outro, demanda muito do outro, o que pode resultar em diversos tipos de violência.

Ou seja, se você não resolve aquela sua primeira relação, que é com o pai e com a mãe, em especial com esta, você sempre terá problemas nas suas outras relações. E isto pode ser facilmente verificado no fato de que a vítima de violência doméstica, nunca é somente vítima de um homem e o agressor não se envolve em conflito apenas com uma mulher, demonstrando um padrão comportamental que tem muito a ver com o sistema familiar de cada um dos envolvidos.

Como este projeto é recente, não é possível mensurar o impacto e resultado dele. Entretanto, no primeiro encontro, já foi possível verificar como os supostos agressores se sentiram tocados pela temática, principalmente ao abordarmos a figura do pai e como as vítimas observaram o padrão de violência existente no seu sistema familiar.

Defensoria Pública sistêmica é uma instituição em que todos os profissionais atuantes, desde o (a) Defensor(a), até os serviços gerais, possui uma atuação de acordo com as leis sistêmicas de Bert Hellinger, possibilitando uma visão muito mais ampla tanto da ajuda a ser dada, quanto do ajudado, que está envolvido nos emaranhamentos do seu sistema familiar e que o problema que traz, majoritariamente, é algo muito mais profundo do que se apresenta.

4 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que preconiza o art. 4º, II da Lei Complementar Federal 80/1994 que dispõe competir a Defensoria Pública “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios”, tem-se que as ferramentas do direito sistêmico vêm se mostrando como importantes aliadas do(a)s Defensor(e)s Público(a)s na promoção de uma maior pacificação social, em especial, entre o(a)s assistido(a)s.

Isto se deve ao fato de que além da resolução jurídica do problema apresentado, o (a) Defensor (a), a partir de pequenas reflexões, posturas, convida o ajudado a ampliar a visão da contenda que o levou à instituição, propondo para o mesmo um olhar de que, apesar dele ter direitos e deveres, assim como aquele com quem ele litiga, todos possuímos emaranhamentos, oriundos do nosso sistema familiar, que, inconscientemente, nos faz ter padrões comportamentais, muitas vezes repetidos por gerações, e que aquele problema pode ser um convite para olhar para isso. Além, potencializa a sua forma de ajudar, na medida em que sai da postura de salvador.

Assim, em que pese haja uma demanda jurídica, passível de uma solução jurídica, é importante este olhar tridimensional e multidisciplinar, para evitar a figura do assistido profissional, que pode ser definido como o contumaz frequentador da Defensoria Pública, e o Defensor “robô”, que se resume a copiar e colar petições de alimentos, homologação de transação extrajudicial, cumprimento, revisão, entre outros, sem se preocupar com o verdadeiro motivo de cada uma dessas demandas e qual o diferencial que cada um de nós podemos fazer no sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

BERNE, Eric. **Análise Transacional em Psicoterapia**. . São Paulo: Summus, 1981.

BRASIL. Presidência da República. Brasil. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019. br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. **I relatório nacional de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade** / Organização, Glauce Franco, Patrícia Magno. – Brasília : ANADEP, 2015

BRASÍLIA - DF. Conselho Nacional de Justiça. **Priorização do primeiro grau da justiça: nossa meta é você**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASILIA - DF. Conselho Nacional de Justiça. Luiza fariello (Ed.) **Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 estados e DF**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASILIA - DF. Conselho Nacional de Justiça. Ricardo lewandowski. **Portaria nº 16 de 26/02/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

ESTEVES, DIOGO; SILVA, FRANKLYN ROGER ALVES. **Princípios Institucionais da Defensoria**

Pública - 2ª Ed. São Paulo, Sp. Forense, 2017.

EDWARDS, Gil. **El triângulo dramático de Karpman**; relaciones personales; felicidad; roles; triângulo dramático. México. Gaia Ediciones, 2011.

HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**. Patos de Minas, MG: Atman, 2005

HELLINGER, Bert. **Amor do Espírito na Hellinger Ciencia**. 3ªed. Belo Horizonte. Atman, 2015.

HELLINGER, Bert. **Conflito e paz**: uma resposta. Trad. Newtin A. Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007. pág. 97.

HELLINGER, Bert. **Ordens da ajuda**. 4ª ed. Goiânia, Go: Atman, 2013.

HELLINGER, Bert. **Um lugar para os excluídos**: conversas sobre os caminhos de uma vida. Patos de Minas: Atman, 2006.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**, 1ª Edição, São Paulo, Cultrix, 2003.

LAHORE, Idris. **“Neurônios espelho, física quântica, campos mórficos e constelações familiares.”** . Disponível em: <<http://rodrigoramoz.org/blog/neuronios-espelho-fisica-quantica-campos-morficos-e-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

McTAGGART, Lynne. **O campo**: em busca da força secreta do universo / Lynne McTaggart; tradução de Claudia Gerpe Duarte. - Rio de Janeiro: Rocco, 2008.

RANQUIN, Bernard. **Como Salir Del triângulo dramático**. Obelisco, 2010.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

STORCH, SAMI. **DIREITO SISTÊMICO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA ABORDAGEM SISTÊMICA FENOMENOLÓGICA DAS CONST.** Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

VALLHONRAT, Luís Camino, **Él triângulo Dramático de S. Karpman**, Barcelona, 1998

WIKIPEDIA. **Constelação Familiar**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Constela%C3%A7%C3%A3o_familiar>. Acesso em: 27 jun. 2019.

REINCIDÊNCIA CRIMINAL SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DAS PENAS

Lisandra Moreira Martins

Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado “O Processo Penal Constitucional: do Direito Penal Máximo à Política Criminal Minimalista” - (e-mail: lisandramm.adv@hotmail.com).

Isael José Santana

Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito, da Pós-Graduação em “Direitos Humanos” e da Pós-Graduação em “Políticas Públicas, Cultura e Sociedade da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenador dos Projetos de Pesquisa intitulados “Criminologia e vitimologia” e “Criminologia: Aspectos relevantes na intervenção social” - (e-mail: leasijs@hotmail.com).

*Artigo publicado nos Anais do I CPCrim (Congresso de Pesquisa de Ciências Criminais), disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/ANAIS-CPCRIM2017.pdf>>. O texto foi adaptado para atender às normas do presente livro.

RESUMO: A reincidência criminal é um instituto previsto no inciso I do artigo 61 Código Penal como uma circunstância agravante da pena, em quantidade indeterminada dentro dos limites da sanção cominada, e sempre esteve presente no ordenamento jurídico pátrio. Além de

influenciar na dosimetria da pena, está inserida em diversas regras que refletem no decorrer do processo penal, como por exemplo: impede que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto ou semiaberto, salvo quando se tratar de detenção; impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou multa, quando o crime for doloso; dentre outras. Desta forma, a reincidência criminal acompanha o sujeito que está sendo processado e gera inúmeras restrições ou efeitos processuais penais. O réu considerado reincidente possui tratamento processual mais rigoroso. Nesse contexto, é importante abordar a finalidade desse instituto relacionando-o a própria finalidade da pena, uma vez que está inicialmente atrelada a esta. Em cada teoria da pena é possível extrair um fundamento para a reincidência, contudo, dentre as principais, faz-se necessário identificar qual fundamento corresponde ao panorama democrático insculpido pela Constituição Federal de 1988, eis o objetivo principal do presente estudo, o qual adotou o método dedutivo-indutivo, com pesquisa bibliográfica, análise de doutrina, legislação e decisões dos tribunais superiores a respeito. Como conclusão inicial, ver-se-á que os fundamentos preponderantes destoam da necessária humanização da pena e se justificam com base na política de controle social e maior ênfase na pena como rigoroso combate ao

fenômeno da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência criminal; Efeitos penais e processuais; Finalidade da pena.

RECIDIVISM UNDER THE OPINION OF PENAL THEORIES

ABSTRACT: Criminal recidivism is an institute foreseen in item I of article 61 Penal Code as an aggravating circumstance of the sentence, in an indeterminate quantity within the limits of the sanction cominated, and was always present in the legal order of the country. Besides influencing the dosimetry of the sentence, it is inserted in several rules that reflect in the course of the criminal process, as for example: it prevents that the initial regime of sentence is open or semi-open, except in the case of detention; prevents the substitution of the custodial sentence by a restriction of rights or a fine, when the crime is intentional; among others. In this way, criminal recidivism accompanies the subject being prosecuted and generates numerous restrictions or criminal procedural effects. The defendant considered to be a repeat offender has more stringent procedural treatment. In this context, it is important to address the purpose of this institute by relating it to the very purpose of the sentence, since it is initially tied to it. In each theory of punishment it is possible to extract a basis for recidivism. However, among the main ones, it is necessary to identify which foundation corresponds to the democratic scenario inscribed by the Federal Constitution of 1988, that is the main objective of the present study, which adopted the deductive-inductive method, with bibliographical research, analysis of doctrine, legislation and decisions of the superior courts with respect. As an initial conclusion, it will be seen that the preponderant foundations disregard the necessary humanization of the penalty and are justified on the basis of the policy of social control and greater emphasis on punishment as a rigorous fight against the phenomenon of crime.

KEYWORDS: Recidivism; Criminal and procedural effects; Purpose of penalty.

1 | INTRODUÇÃO

A reincidência criminal é um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro como uma circunstância agravante da pena no inciso I do artigo 61 Código Penal. Tem o efeito principal de aumentar a pena do condenado e em quantidade indeterminada dentro dos limites da sanção cominada.

O artigo 63 do Código Penal define a reincidência criminal, configurando-se quando o réu comete uma nova infração penal, após a condenação definitiva por outra. Como regra geral, o legislador adotou a chamada reincidência ficta, ou seja, basta a condenação definitiva e não o cumprimento da sanção penal para caracterizá-la.

A reincidência criminal traz consequências gravosas ao réu não só na dosimetria da pena, mas em vários momentos processuais, sem qualquer efeito prático, o que

agrava uma realidade social que clama por mudança. Sob a justificativa primeira da necessidade de reduzir e combater a criminalidade, com maior reprimenda àquele que se recusou em receber a ressocialização proposta pelo Estado e insistiu na prática delitiva, há décadas vem sendo aplicado esse instituto.

Por isso, é importante abordar a finalidade desse instituto relacionando-o a própria finalidade da pena, uma vez que em cada teoria da pena é possível extrair um fundamento para a reincidência, contudo, dentre as principais, faz-se necessário identificar qual embasamento corresponde às exigências abrangidas com a inauguração do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988.

Além disso, serão expostos alguns entendimentos jurisprudenciais que se destacam na discussão de como esse instituto vem sendo analisado nos casos práticos, principalmente considerando que os vieses da execução penal.

O método utilizado é dedutivo-indutivo, com pesquisa bibliográfica, análise de doutrina, legislação e decisões dos tribunais superiores a respeito. Será apresentada a relação da reincidência com os fundamentos da pena para, após, destacar a jurisprudência recente em que se identifica controvérsia quanto à consideração da agravante nos casos práticos.

2 | FINALIDADE DA REINCIDÊNCIA A PARTIR DAS TEORIAS DAS PENAS

A origem da reincidência no Brasil está arraigada a uma cultura extremamente punitivista e remete-se à finalidade da própria pena no ordenamento jurídico. De acordo com a finalidade da pena tem-se também a da reincidência, já que esse instituto tem por escopo inicial agravar a pena.

Da mesma forma que a pena deve ser estudada e aplicada se distanciando da vingança e do castigo para de fato atingir a prevenção e a ressocialização, a reincidência, como um elemento desta, compõe uma política criminal que deve responder aos anseios sociais com uma finalidade conceptiva, não podendo ser um mero instrumento inócuo no sistema penal.

A história da pena é redundante no sentido desta sempre ter um caráter vingativo, ora bem transparecido como no tempo primitivo com a vingança por sangue, ora com a institucionalização da vingança por um poder central como na Antiguidade e a suposta evolução na Idade Medieval, em que eram oferecidas ao condenado oportunidades de meditar e de se arrepender.

Partindo da época moderna (séculos XV e XVIII), quando ocorreram diversas transformações na estrutura da sociedade europeia ocidental, com a transição do feudalismo para o capitalismo, a pena estava no contexto do absolutismo, em que o poder era derivado de Deus e o monarca não devia prestar contas a qualquer pessoa (MARQUES, 2008, p. 73).

Como o conceito de pena está diretamente ligado ao de Estado, a pena nessa

época transparecia o modelo estatal absolutista que se caracterizava pela “identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus” (BITENCOURT, 2007, p. 82).

Por conta disso, quando havia um crime, a punição era severa como forma de intimidar as demais pessoas para que cumprissem as ordens do rei. O criminoso, além de ofender a vítima, também atingia o soberano, por isso tornava-se inimigo do sistema estabelecido. Conforme os ensinamentos de Ferrajoli (2010, p. 236), “as doutrinas absolutas ou retributivas fundam-se todas na expressão de que é justo “transformar mal em mal””. A pena possuía um fim em si mesmo com o escopo de alcançar a justiça devido ao mal causado.

Immanuel Kant (2007) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1997) foram os principais precursores das teorias absolutas. Para Kant, a pena deveria ser aplicada pelo simples fato de o delinquente ter cometido um crime, não haveria qualquer outra utilidade, pois o homem não poderia servir como instrumento. Já para Hegel (1997) a fundamentação não seria ética, mas de ordem jurídica, ou seja, a pena deve ser imposta para reafirmar o Direito, já que esse foi negado pelo delinquente. Nessa concepção, a pena seria a melhor forma de recuperar a ordem jurídica atingida pelo delito, ou seja, uma verdadeira reconciliação para alcançar a própria validade da norma.

De acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 98-99), para Hegel: “[...] o crime é a negação do direito, enquanto a pena, como negação do crime, reafirma o direito.” E, ainda: “A pena é, assim, a negação da negação caracterizada pelo crime, com o objetivo de reafirmar o direito e atualizar a justiça”.

No entanto, Kant e Hegel sofrem críticas, destacando-se as de Ferrajoli (2010, p. 237), o qual entende que as teorias por eles apresentadas são insustentáveis, pois há uma confusão entre direito e natureza, como uma tentativa de fazer valer crenças mágicas.

Outros autores também representam o desenvolvimento da teoria retribucionista, como Francesco Carrara (1956, p. 211-212), defensor da ideia de que a pena retribui o mal causado e restabelece a ordem externa social violada pelo mal do delito que gera insegurança à sociedade.

Considerando as ideias das teorias absolutas, a reincidência seria um instituto tendente a retribuir o mal do delito com o mal da pena, porém agravada ou, ainda, um instituto para restaurar a ordem social. Entender-se-ia que o mal causado pelo reincidente fora maior, portanto, o mal da pena deve ser agravado, a fim de que o direito fosse revalidado e a segurança social preservada. Pensar dessa forma, contudo, retira qualquer utilidade desse instituto, sonogando-se a função social da pena. Desta forma, entende-se rechaçável o argumento de que a reincidência tem um caráter retributivo.

Na sequência, podem ser relacionadas as teorias relativas ou preventivas, as

quais pregam que a utilidade da pena seria evitar a ocorrência de fatos delitivos futuros, evitando-se a reincidência para preservar a convivência social. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 89), “a função preventiva da pena divide-se – a partir de Feuerbach – em duas direções bem definidas: prevenção geral e prevenção especial.” Conforme Massimo Pavarini e André Giamberardino (2011, p. 146), “enquanto nas hipóteses de prevenção geral se persegue o fim de impedir a coletividade de delinquir, na prevenção especial se quer evitar a reincidência de quem violou as leis.”

Na linha da teoria da prevenção geral, a única finalidade da pena seria prevenir a prática de delitos, isto é, intimidar a sociedade, sob a ameaça da lei. A pena seria uma motivação para não cometer delitos (BITENCOURT, 2007, p. 123).

Por essa concepção, contudo, há lacunas na justificativa sobre o fim da pena. De modo geral, pois são diversos os problemas apontados em torno dessa teoria, não é considerado o aspecto psicológico do delinquente, ou seja, que o criminoso pode entender ser capaz de praticar um crime sem ser descoberto. Além disso, desconsidera que nem todos os homens são influenciados pela ameaça da pena e, ainda, que as penas, por essa ideia, podem ser altamente elevadas para chegar à finalidade de prevenção, superando a medida da culpabilidade do autor do delito (BITENCOURT, 2007, p. 126), como por exemplo, dos traficantes de drogas, dos terroristas, dos que poluem o meio ambiente e, acresce-se, dos reincidentes. Desta forma, a teoria da prevenção geral da pena deve ser rechaçada pelo fato de menosprezar a pessoa, mecanizar a pena, não considerar a racionalidade do homem e, sobretudo, não demonstrar qualquer utilidade do direito penal no contexto social.

Importante destacar que a teoria da prevenção geral é subdividida em negativa e positiva. A prevenção geral negativa diz respeito à “capacidade dissuasiva dos castigos legais” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, p. 146), cuja intimidação é voltada ao homem considerado *homo aecomicus*, aquele que sabe calcular as vantagens e as desvantagens da sua conduta. E a prevenção geral positiva ou prevenção-integração que justifica a pena a partir da concepção de que essa é um instrumento de estabilização do sistema social. Ambas compõem os argumentos que defendem a necessidade da existência da reincidência, seja como necessidade de inibir as pessoas que já cometeram delitos como também para confirmar a vigência da norma na sociedade por meio de uma pena agravada.

Antes, porém, é preciso abordar o conteúdo da teoria da prevenção especial, que se volta ao criminoso com a preocupação latente de que ele não volte a cometer delitos. Defende-se que deve haver um bom modo de aplicar a sanção penal em prol da disciplina do delinquente. De acordo com Massimo Pavarini e André Giamberardino (2011, p. 148), “quando a finalidade do castigo legal é impedir a reincidência e, portanto, o destinatário é quem violou a lei penal, fala-se em prevenção especial.” Essa teoria influencia de forma veemente a justificativa da necessidade do instituto da reincidência.

Dentre os defensores da prevenção especial (BITENCOURT, 2007, p. 92), Franz Von Liszt (2003) foi o penalista que enraizou a ideia dessa corrente apresentando três pressupostos para a aplicação da pena: ressocialização e reeducação do delinquente, intimidação daqueles que não precisam se ressocializar e neutralização dos incorrigíveis. Tese resumida em três palavras: intimidação, correção e inocuização.

Interessante notar que por meio dessa teoria, o delinquente pode de fato ser ressocializado, portanto, a pena é extremamente útil para evitar a reincidência, ao corrigir a pessoa condenada. De acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 122), para Lizst a execução penal pode converter o delinquente num membro útil à sociedade (adaptação artificial), como também segrega o delinquente retirando a possibilidade dele cometer novos delitos.

Ainda que a teoria da prevenção especial, atenta ao delinquente, pareça palpável, argumentos contrários são levantados a esta tese. Em primeiro lugar, há casos em que o delinquente não tem a menor probabilidade de reincidir, ainda que tenha cometido um crime grave (BITENCOURT, 2001, p. 134). Em segundo, é possível chegar a penas desproporcionais e indefinidas ao caso concreto, considerando que o delinquente apenas será recolocado ao convívio social depois de emendado (MORAES, 2009, p. 149).

As teorias da prevenção especial se subdividem em negativa e positiva. De forma concisa, a teoria da prevenção especial negativa (GUIMARÃES, 2007, p. 161) pode ser traduzida por uma palavra: neutralização ou inocuização. Já a teoria da prevenção especial positiva, remete à ideia de ressocialização (GUIMARÃES, 2007, p. 154).

Relacionando esses aspectos à reincidência, nega-se o caráter ressocializador da reincidência, pois seria contraditório acreditar que o cumprimento de uma pena agravada atingiria esse fim, quando a anterior já não alcançou. De outra banda, se nem a pena consegue a intimidação, tampouco a reincidência traz esse efeito. E a neutralização por meio da reincidência colidiria com a proporcionalidade da pena, deixando o condenado à mercê dos falhos métodos inseridos na execução penal.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2002, p. 75) analisa a prevenção especial a partir da seguinte classificação: a) prevenção especial negativa de inocuização; e b) prevenção especial positiva, subdividida em quatro espécies – intimidadora, curativa, ressocializadora (programa máximo) e de fortalecimento de condições de não reincidência (programa mínimo).

Destaca-se essa última, por reforçar a necessidade de serem adotadas medidas a fim de evitar a reincidência, contudo, a realidade mostra a ausência de respeito dos direitos do sujeito submetido ao poder punitivo estatal. “Apenas o respeito – ainda que não a concordância – por parte do agente, em face dos bens jurídicos alheios, é o verdadeiro e legítimo objetivo particular da pena para com o criminoso” (JUNQUEIRA, 2002, p. 84). Por isso, longe de prevenir a reincidência, o atual sistema penitenciário caminha em descompasso com a ressocialização, pois não fornece meios eficazes

para transmitir ao preso valores supremos como dignidade e liberdade.

Já as teorias mistas ou ecléticas tentam unificar os argumentos mais coesos das teorias absolutas e das relativas, diferenciando o fundamento da finalidade da pena. O fundamento deve se voltar apenas ao crime e dessa forma não pode ultrapassar além do merecido pelo fato praticado. Já a finalidade da pena estava relacionada à forma de prevenção.

Na sequência, a teoria da prevenção geral positiva surge como uma tentativa de sanar os inconvenientes da junção das proposições retributivas e preventivas. Tem-se, inicialmente, uma confusão entre direito e moral ou direito e natureza na fusão das teorias retributivista e utilitarista da prevenção especial, o que leva à conclusão de que o delito e o delinquente são um mal em si mesmo, um pecado (FERRAJOLI, 2010, p. 255).

Desta feita, desenvolveu-se um modelo para dar explicação legitimadora do direito penal com foco ideológico e prevenção geral positiva fundamentadora, tendo como principais representantes Welzel (1956, p. 8-9) e Jakobs (2003, p. 12). E, em contrapartida, outro modelo da prevenção geral limitadora, destacando-se o expoente Roxin (1997).

A reincidência, inserida na concepção das teorias da prevenção geral positiva, pode ser entendida, na linha de Welzel, como parte da pena. É um castigo que reforça de forma mais gravosa a fidelidade à norma e mantém a mensagem de que em caso de valores fundamentais serem atingidos pelo criminoso reiteradamente, esse terá uma pena ainda maior. Já na visão de Jakobs sobre a pena, poder-se-ia fundamentar a reincidência como uma forma mais incisiva de reafirmar a norma jurídica ou de demonstrar que essa será aplicada em caso de transgressão, ou seja, enalteceria na sociedade a confiança na ordem normativa. E, dentro da limitação que fundamenta a ideia de Roxin a respeito, a reincidência deveria ser aplicada apenas nos casos em que fosse necessária a atuação do direito penal, com respeito aos limites mencionados.

De todo o exposto sobre as teorias das penas, conclui-se que o fundamento da reincidência está também atrelado ao da pena. Ocorre que, diante de tantas teorias sobre a finalidade da pena, a dificuldade é identificar qual prevalece no ordenamento jurídico brasileiro e se esta é compatível com os preceitos constitucionais. A pena, bem como a reincidência, não pode ser vista como fator isolado, mas deve integrar o sistema jurídico avençado pelo Estado Democrático de Direito.

Desta forma, como circunstância agravante da pena, analisada no contexto atual, a finalidade da reincidência deve estar de acordo com os objetivos da própria pena. Em todas as teorias ora delineadas é possível encontrar um fundamento para a reincidência, contudo, entende-se que somente uma pena voltada a reintegrar socialmente o condenado, respeitando valores supremos e conservando a humanização do delinquente, seria capaz de manter essa medida justificável dentro do panorama democrático insculpido pela Constituição Federal de 1988. Quanto à

reincidência, deveria acompanhar esse modelo não sendo apenas um instrumento retributivo e prejudicial ao condenado. As restrições ao condenado oriundas de sua aplicação, justificadas em tese a partir da proporcionalidade, buscam um resultado de difícil concretude. Parece que a crise do direito penal, a sobrecarga dessa ramificação jurídica, atinge todos os institutos dispersos e descontextualizados no âmbito do Estado Democrático de Direito. O instituto da reincidência é ineficiente e aplicado demasiadamente no decorrer do processo penal, todavia, sem critérios precisos nem resultados positivos que justifiquem todo o agravamento da pena e do maior rigor com o condenado.

3 | APLICABILIDADE PRÁTICA E CONTROVÉRSIAS

Em que pese o reconhecimento da constitucionalidade do instituto da reincidência criminal (STF - RE 453.000/RS), é de bom alvitre salientar que, enquanto instituto processual de agravamento da pena, é mesmo uma carga negativa que pesa sobre a pessoa a quem foi imputada a prática de um crime, não podendo ser considerada de forma objetiva e sem que hermeneuticamente se possa refletir sobre a finalidade do estado garantista, para a aplicabilidade de repressão social representada pelo direito penal e processo penal.

Nesta esteira, o principal objetivo dos instrumentos é a efetividade da norma em vigência, mas não afasta a necessidade de que as garantias se façam sobrepostas ao dogmatismo repetitivo e decomposto da reflexão social. Não se discorre sobre a suposta falência do sistema penal, e se diz suposta, pois não se pode deixar de observar que a cultura punitivista deseja a imputação da dor, conforme se pode constatar, e, ainda deslegitima o sistema como um todo, considerando uma íntima ligação.

A reincidência criminal aprofunda um processo de maior encarceramento, no entanto, sua finalidade deve ser a mesma que toda a esfera da intervenção estatal na liberdade, mínima e necessária, assim estabelece o Estado Democrático de Direito que se funda na condição do cidadão com a perspectiva harenditiana do direito a ter direitos.

Não basta obviamente os direitos positivados, mas e essencialmente efetivados, assim a reincidência criminal, com os reflexos já mencionados, constitui-se em forma de conflito entre o destinatário e os direitos de liberdade como primordial para o exercício da cidadania.

O destinatário da reincidência teve passagem pelo sistema prisional, ou pelo menos com condenação que o leva a condição de estar destinado ao aumento da pena, considerando que a reprimenda anterior foi insuficiente (quantitativamente ou qualitativamente) para que reintegrasse a pessoa à sociedade.

É de se frisar que as formas de aplicação da pena são formadas com observância

ao pressuposto da lei de execução penal, que tem como finalidade esta reintegração social do condenado e o cumprimento do disposto na sentença. Logo, o caráter dúplice da execução envolve a reprimenda e em especial a ressocialização.

Com relação à retribuição do mal, não se pode negar a eficiência da pena, mas no que diz respeito à prevenção de novas práticas de infrações, pois, se de fato a lei não possui expressões inúteis, nenhuma dúvida pode haver da total (in)eficiência do sistema, neste aspecto, que tem o seguinte pressuposto: “Segregar para que a pessoa infratora aprenda a viver em sociedade” (SANTANA, 2004, p. 204), partindo do pressuposto de que a restrição do ir e vir dará noção da importância da liberdade, esta de estar em circulação sem estar inserido no direito de ser na expressão do sujeito social no Estado assim denominado de direito.

Nesta linha de raciocínio, a reincidência é processo de comprovação da incapacidade do sistema prisional em realizar aquilo para o qual, positivamente, foi estabelecido, ou seja, pune-se a parte que não teve assegurada os pressupostos, que pela análise dos dados pode-se notar, afastaria, em grande parte, os inclusos do sistema punitivo.

O Estado, consoante Amilton Bueno de Carvalho, em acórdão proferido e publicado de forma unânime pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), não pode ser a parte que se mantém como exigente de condutas sem que ela mesma não cumpra para com suas funções:

Assim, vê-se, com obviedade, que o Estado deve punir aquele que agride a lei penal e, numa outra ponta, deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe. Ou seja, a legalidade tem dois vieses: um que determina a prisão (contra o cidadão) e outro que protege o apenado. Todavia, tem acontecido – máxime no Estado Gaúcho – verdadeira autofagia sistêmica: com base na lei se condenam pessoas a pena de prisão (para prejudicar) mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. (...). Nos últimos tempos tudo é desvelado pela imprensa: juiz da execução penal, às lágrimas, denuncia que tem vergonha de ser gaúcho, ante o que acontece nos presídios; tentativa de responsabilização de juizes e promotores pelas condições prisionais; os presídios gaúchos estão como os piores da nação – **o pior entre os piores do mundo!** A dor é tão antiga, tão denunciada, tão presenciada, tão acomodada, tão escamoteada, que é de pasmar que nunca tenha sido superada – e tudo aponta no sentido de que nunca será. E aqui a Câmara faz “mea culpa” por ter sido conivente com o sistema prisional. É momento (tardio, talvez) de dar um basta. Ou seja, de se cumprir integralmente a legalidade (não apenas naquilo que prejudica o cidadão). Não se trata de se pregar anomia, mas sim de cumprir com a lei. Há, repito, contradição insuportável em se condenar alguém com base na lei e, depois, negá-la no momento da execução da pena! Aliás, Ferrajolli já denunciou que a história dos presídios é a mais degradante que a história dos crimes! [...] (TJRS nº 70029175668).

O desembargador, agora aposentado, finaliza o raciocínio mencionando Rui Barbosa, para o qual não há salvação para um juiz covarde. Nesse sentido, o juiz nada mais é que o representante do Estado, que fosse o caso de mensurar a covardia com aqueles que não fazem parte do sistema produtivo, embora seja mecanismo

dele, não seria a prisão, mas o todo que levaria à prisão.

Toda reincidência somente poderia ser aplicada com base na análise dos fatos (oportunidades e meios concedidos pelo Estado, com a finalidade de ressocializar o cidadão que infringiu a norma), e deixar de ser norma objetiva que apenas considera o lapso temporal.

Em regra, pode-se dizer que adotamos o direito penal do fato, onde o objetivo não é especificamente quem o fez, mas o que se fez e o resultado produzido como forma de buscar no ordenamento a pena correspondente. Quando se fala em reincidência pode afirmar que está se referindo ao direito penal do autor, não é apenas o fato, mas quem é o autor fundado na inteligência do artigo 59 do Código Penal, assim determina e neste caso entra a questão não pacificada nos tribunais superiores.

Em decisão do ministro Lewandowski do Supremo Tribunal Federal foi desconsiderada a reincidência para fins de reconhecimento do princípio da insignificância, e assim vem se consolidando na segunda turma tal posicionamento, mesmo considerando a reiteração delitiva. Nesse sentido é HC 137422/SC:

(...) Ainda que a análise dos autos revele a reiteração delitiva, o que, em regra, impediria a aplicação do princípio da insignificância em favor da paciente, em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento, não posso deixar de registrar que o caso dos autos se assemelha muito àquele que foi analisado por esta Turma no HC 137.290/MG, Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, na assentada do dia 7/2/2017. No ponto, esta Turma, por maioria de votos, concedeu a ordem de habeas corpus para reconhecer a atipicidade da conduta da paciente que tentou subtrair de um supermercado 2 frascos de desodorante e 5 frascos de goma de mascar, avaliados em R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), mesmo possuindo registros criminais pretéritas. Assim, ainda que aqueles fatos pretéritos indicassem certa propensão à prática de crimes, esta Segunda Turma concedeu a ordem para reconhecer a atipicidade da conduta, seja pela aplicação do art. 17 do Código Penal (ineficácia absoluta do meio empregado), seja pela aplicação do princípio da insignificância. Destarte, ao reconhecer que o presente caso guarda consonância com aquele analisado no HC 137.290/MG, tanto pelo *modus operandi* (tentativa de furto de produtos de um supermercado) e *res furtiva* (valor e tipo de produto) como pela conduta minimamente ofensiva do agente, em que pese constarem duas condenações criminais por tentativa de furto no rol de antecedentes criminais (pág. 24 do documento eletrônico 2), entendo que ao caso em espécie, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Consigno, ademais, que a manifestação do Ministério Público Federal foi no seguinte sentido: “14. Nesse contexto, considerando que, no caso, não houve prejuízo material à vítima e que a conduta não causou relevante lesividade ao bem jurídico tutelado, visto que as mercadorias do estabelecimento comercial totalizaram pouco mais de 7% do salário mínimo vigente à época, é de se reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância” (págs. 3-4 do documento eletrônico 12). Dessa maneira, tenho que os fatos narrados não demonstram a necessidade da tutela penal, haja vista a insignificância da conduta sob exame. Portanto, vislumbro, no caso sob exame, a existência de manifesto constrangimento ilegal, que autoriza a concessão da ordem. Isso posto, concedo a ordem para trancar a ação penal. É como voto. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Segunda turma, HABEAS CORPUS 137.422 SANTA CATARINA. Julgado em 28/03/2017)

Doutra banda, não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em conflito com tal decisão tem tomado caminho oposto, considerando que a reincidência é motivo para o não reconhecimento da insignificância e, portanto, a continuidade ou mesmo pela confirmação da sentença.

No presente caso, há notícia nos autos de que o acusado já responde a outros procedimentos administrativos, comprovada pelo histórico de autuações aduaneiras, pela prática do crime de descaminho. Dessa forma, o afastamento do princípio da insignificância, como causa de não recebimento da denúncia, é medida que se impõe. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.647.127/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 27/3/2017) [...]

1. A habitualidade na prática do crime do art. 334 do CP denota o elevado grau de reprovabilidade da conduta, obstando a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reiteradamente autuado em processos administrativo-fiscais, como é o caso dos autos, sem que isso caracterize ofensa à orientação da Súmula 444/STJ (AgInt no REsp 1601680/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 23/08/2016).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 492.434/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 29/11/2016)

Conforme se observa, nem mesmo a Súmula 444/ STJ é aplicável tendo em vista que ela não pode ser considerada para fins do referido artigo 59 do Código Penal, mas pode servir como forma de afastar a insignificância que não se dá pelo valor dos bens, mas pela conduta anterior do réu.

4 | CONCLUSÃO

A reincidência criminal sempre esteve presente na legislação brasileira como uma forma de agravar a pena do condenado e apresenta regras bastante peculiares, as quais exigem atenção quando da averiguação e aplicabilidade nos casos concretos.

A finalidade da reincidência criminal no ordenamento jurídico brasileiro está relacionada à própria finalidade da pena, identificada a partir do estudo das teorias da pena. A pena como reintegração social do condenado, respeitando os valores supremos e a humanização do condenado, é a melhor forma de se aplicar a política criminal constitucional. Além disso, afasta a reincidência criminal como mera retribuição e sua aplicação desproporcional.

Inúmeros os reflexos da reincidência criminal no processo penal, contudo, não deveria ser aplicada desconsiderando a análise detida dos fatos. Afastando-se da automática objetividade pode se verificar de forma mais contundente os objetivos da pena para a ressocialização do cidadão, com um direito penal do fato, sem a estigmatização de uma maioria reincide até mesmo intramuros do sistema penitenciário.

A reincidência não é um instituto de que deva desaparecer, mas deve ser

utilizado com parcimônia e atendendo os direitos fundamentais, sempre fundando na necessidade que se adequa a *ultima ratio*, devendo ser aplicada quando se entender que maior lapso na reprimenda atenderá os fins da pena. Em que pese nossas restrições as formas de cumprimento das penas e suas incontestáveis violações dos direitos humanos, em seara diferente podemos abordar que o instituto teria espaço considerando a pessoa e quando o Estado garantisse a efetividade dos direitos fundamentais.

Por fim, é necessário frisar que a reincidência poder-se-ia ser considerada como um instituto a demandar novos e profundos estudos que visem à garantia do processo penal como instrumento de direitos fundamentais sem que nenhum de seus elementos se dirija em sentido diverso, como é o caso de uma igualdade – de aplicação da reincidência – que se configura como desigual e desproporcional, o que podemos afirmar, é que a busca de um Estado Democrático de Direito exige uma postura firme e segura contra as demandas violadoras da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº2.848 de 07.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>, Acesso em: 3 ago. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v.1. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara. Apelação Crime nº 70029175668. Rafael Santos Jesus. Ministério Público. Desembargador Dr. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 2009.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Tradução. Jose Luiz V. de A. Franceschini, J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. Adaptações e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório de pesquisa sobre a reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 9 ago.2017.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari; Lucia Kalil. São Paulo: RT, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A necessidade de um fim preponderante para a pena**

no direito brasileiro. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. EDIÇÕES 70, LDA, set.2007.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** Atual. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Comentários e tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russel, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo:** a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal:** uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general, t.I. Tradução da 2.ed.alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, S. A., 1997.

SANTANA, Isael José. **Liberdade, cidadania e cárcere.** 2004. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho penal:** parte general. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART.156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A AMBIÇÃO DA VERDADE

Vitoria Andressa Loiola dos Santos

Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA - Teresina-PI

Juliano de Oliveira Leonel

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB), Professor do Curso de Direito da UNIFSA e Defensor Público.

RESUMO: A pesquisa tem por escopo identificar o fundamento de existência do processo penal num Estado Democrático de Direito, enquanto instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais, destacando que a ambição da verdade não é compatível com um processo penal humanitário. Partindo desse raciocínio preliminar, foi possível verificar as bases ainda inquisitoriais do processo penal brasileiro, assentado na busca da verdade real, pois a gestão das provas continua nas mãos do juiz (princípio inquisitivo) *ex vi* o artigo 156 do CPP. No estudo foi possível vislumbrar a não conformidade da lei infraconstitucional (artigo 156 do CPP) com os mandamentos constitucionais e internacionais, observando-se a não aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo*, gerando a então ambição pela busca da verdade real no processo penal. Desse modo, através do estudo de teorias críticas sobre

processo penal, chegou-se à conclusão que há uma deficiência ideológica ultrapassada entre o CPP, de matriz autoritária, que impede o seu avanço.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal, constituição, verdade real.

OF THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF ART.156 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCESS AND THE AMBITION OF THE TRUTH

ABSTRACT: The aim of the research is to identify the basis for the existence of criminal proceedings in a Democratic State of Law as an instrument for the protection of fundamental rights and guarantees, emphasizing that the ambition of truth is not compatible with a humanitarian criminal procedure. Based on this preliminary reasoning, it was possible to verify the still inquisitorial bases of the Brazilian criminal proceeding, based on the search for the real truth, since the evidence management remains in the hands of the judge (inquisitive principle) *ex vi* Article 156 of the CPP. In the study it was possible to glimpse the non-conformity of the infraconstitutional law (article 156 of the CPP) with the constitutional and international commandments, observing the inapplicability of the principle *in dubio pro reo*, generating the then ambition for the search of real truth in the criminal process. Thus, through

the study of critical theories on criminal procedure, it was concluded that there is an outdated ideological deficiency among the authoritarian matrix, which prevents it from advancing.

KEYWORDS: criminal procedure, constitution, real truth.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo desvelar o fundamento de existência do processo penal num Estado Democrático de Direito e sua relação com a produção da verdade, analisando a natureza jurídica do processo enquanto situação jurídica, a imparcialidade do juiz e a gestão da prova como núcleo fundante do sistema processual penal.

Assim, pretende-se analisar o artigo 156, II do CPP, a fim de se verificar a sua (in)constitucionalidade e “a busca verdade real” no processo penal.

O objetivo principal é demonstrar qual o fundamento do processo penal, enquanto conquista civilizatória, num Estado Democrático de Direito, pensado como instrumento de aplicação do direito penal, mas, também, como um instrumento a serviço de um projeto democrático traçado pelo texto constitucional.

2 | MATERIAL E MÉTODOS

A partir dos objetivos levantados, foi definida a metodologia de pesquisa. Esta se constituiu em pesquisa bibliográfica descritiva onde ocorreu a realização de leituras a partir da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional observando considerações conceituais sobre o processo penal e seus sistemas, assim como o estudo da sua “evolução” saindo de 1941 até 1988 (Promulgação da Constituição).

3 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como menciona GOLDSCHMIDT (1935): “O processo penal é uma guerra” e a sua natureza jurídica é desvelada pelo conceito de situações jurídicas que brotam ao longo do procedimento. Assim, o processo é um jogo, que será vencido pelo jogador mais habilidoso e não necessariamente pelo mais justo, já que as sentenças podem ser justas ou injustas. Em assim sendo, se o processo é um jogo, numa Democracia, o que mais interessa é o respeito das regras do jogo, ou seja, o *fair play* processual (MORAIS DA ROSA, 2004). Por isso, no Estado Democrático de Direito, o fundamento de existência do processo penal não é a busca da verdade real (pois, isso se trata de um mito) e nem a segurança pública (algo factível num Estado Autoritário), mas sim a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

No entanto, o Código de Processo Penal brasileiro possui um viés fascista

(LEONEL, 2017, p. 25), criado no estado novo (Getúlio Vargas), em 1941, ainda sob vigência de outra Constituição (a de 1937). É nítido, através da exposição de motivos do CPP a observância desse viés arbitrário e a adoção de um processo penal pensado desde uma perspectiva de segurança pública, com a relativização das garantias fundamentais:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código (exposição de motivos do CPP de 1941).

Observando tal exposição, é fácil perceber que o CPP foi erigido dentro de uma lógica de eficiência repressiva do Estado contra os delinquentes e na supremacia do interesse público (segurança) sobre o privado (direitos dos réus), de onde se extrai que as regras do jogo (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, vedação de prova ilícita, juiz natural, etc) seriam as responsáveis pela impunidade e indireto estímulo à criminalidade.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988 e todo o arcabouço democrático trazido por ela, como os direitos e garantias fundamentais (que, no entendimento de alguns é chamado de defesa da impunidade), observa-se uma clara e inegável contradição, inclusive, ideológica, entre o Código de Processo Penal e o atual texto constitucional. Assim, nos dias de hoje, o processo penal apesar de ser um instrumento para a aplicação do direito penal no caso concreto (princípio da necessidade), também deve ser um instrumento de proteção do indivíduo contra abusos do poder do Estado.

Nesse sentido, o Estado tem o poder de punir e o deve fazer dentro dos limites democraticamente projetados na Constituição Federal, assim como KHALED JR afirma que:

O processo deve ser um limite ao poder; se não fosse esse seu sentido, sequer precisaria existir. Trata-se de um meio de redução da complexidade que condiciona a manifestação do poder punitivo a um conjunto de requisitos, exigindo que o processo seja o caminho necessário – único possível – para a imposição da pena. (KHALED JR, 2013, p.142).

Portanto, como possuímos um Código de Processo Penal que fora criado em um período ditatorial (1941) e uma Constituição Democrática, por óbvio, é necessário se fazer uma filtragem constitucional e convencional (observando a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos), pois as regras infraconstitucionais do

estatuto processual penal brasileiro precisam passar por uma dupla conformidade: controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade.

É certo que se faz necessário estudar os sistemas processuais, admitindo a existências de duas espécies diferentes: inquisitório e acusatório.

De plano, não se almeja realizar uma historiografia dos sistemas processuais. Mas, “uma pequena construção dos sistemas processuais é necessária” (GLOECKNER, 2013, p. 134) para sedimentar as noções elementares a fim de se analisar a constitucionalidade ou não do artigo 156 do CPP.

Inicialmente, poder-se-ia conceituar, sistema processual penal como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2012, p. 46).

Aponta, ainda, Lopes Jr (2012, p. 118-119), as seguintes notas características do sistema acusatório, na atualidade:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Já o sistema inquisitório, de maneira pura, é um modelo histórico, onde há um ‘desamor’ pelo contraditório, de acordo com Cunha Martins (2010). Lopes Jr (2012, p. 122), esclarece que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (...) O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, só ser escrito, secreto e não contraditório.

Lopes Jr (2012) destaca ainda que, o sistema acusatório predominou até o Século XII, quando passou a sofrer a crítica de que a inércia do juiz, no campo da gestão da prova, fazia com que o julgador tivesse que decidir com base em um material probatório defeituoso, fruto de uma atividade incompleta das partes. Assim, ao longo do Século XII até o XIV, o sistema acusatório vai sendo substituído pelo inquisitório, em razão “dos defeitos” da inatividade das partes na produção das provas,

levando o Estado a assumir a gestão da prova, a fim de não se deixar apenas nas mãos dos particulares essa função, pois isso comprometeria a eficácia do combate à criminalidade.

Aliás, a gestão da prova é o núcleo fundante dos sistemas processuais. Dessa forma, a mera separação das funções de acusar e julgar no processo penal não é o que realmente define e diferencia o sistema inquisitório do acusatório. Tal como expõe LOPES JR:

Apontada pela doutrina como fator crucial na distinção dos sistemas, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc) (LOPES JR, 2012, p. 131).

Em sentido contrário, Badaró (2014, p. 48-49) leciona que “A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender”. Para ele, “Em suma, o sistema acusatório, quanto à atividade probatória, deve reconhecer o direito à prova da acusação e da defesa, podendo ainda o juiz ter poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto do fato imputado”.

Com acerto, Goldschmidt (1935) ensina que no sistema acusatório, a produção da prova, ou seja, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório compete às partes, cabendo ao juiz tão-somente decidir.

Coutinho (2001, p. 28), no mesmo sentido, afirma que “a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador” do sistema processual, apontando que o princípio dispositivo é o núcleo estruturante do sistema acusatório, onde a gestão das provas está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador, enquanto no princípio inquisitivo a gestão das provas está nas mãos do julgador, cabendo-lhe a produção de ofício.

Nota-se que o artigo 156 do CPP claramente adota o princípio inquisitivo, ao entregar a gestão da prova para o juiz, que de ofício, poderá determinar a produção da prova, claramente pela adoção do mito chamada verdade real. Isso evidencia que o CPP acolhe o núcleo fundante do sistema inquisitorial, enquanto a Constituição Federal claramente delinea uma opção por um sistema acusatório.

Por outro lado, no aspecto judicial, a imparcialidade do juiz é um pressuposto de validade do processo e para assegurar sua efetivação a Constituição Federal define garantias que asseguram o cumprimento desta, além de vedar juízos e tribunais de exceção (não condizentes com o Estado democrático de direito).

O artigo 156, II do CPP disciplina, *in verbis*: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para

dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

É evidente que o artigo acima mencionado traz um grande perigo para a democracia, pois permite que o juiz primeiro decida para depois ir atrás da prova (a primazia da hipótese sobre o fato), o que fatalmente evidencia a parcialidade do julgador, que deixando a condição de juiz imparcial passa a ocupar e a desempenhar o papel que seria das partes. Como esclarece Aury Lopes Jr. (2013): “se dúvida persiste no julgamento, o único desfecho admissível seria a absolvição do acusado, forte no *in dubio pro reo*, e não o ativismo judicial”, em que, assim ocorrendo, pode gerar numa prova desfavorável ao réu, que deveria ter sido produzida pela parte da acusação.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal, como caminho necessário para a aplicação do direito penal no caso concreto, é um jogo, sendo que numa democracia a legitimidade do poder jurisdicional brotará do respeito das regras do jogo. Assim, o processo penal não deve ser um instrumento de segurança pública e de busca da verdade, mas sim de proteção do investigado/réu contra os abusos do poder estatal.

Ademais, o único sistema processual compatível com a Democracia é o acusatório e, por isso, a gestão da prova deve ser entregue para as partes (princípio dispositivo).

Dessa maneira, o juiz deve julgar de acordo com as provas produzidas pelas partes, pois quando o juiz determina provas de ofício, certamente, perderá sua imparcialidade. Logo, é inegável que a CF adotou o sistema acusatório e o CPP, por outro lado, ao acolher o princípio inquisitivo no artigo 156, está em descompasso com o texto constitucional.

Dessa forma, é patente a inconstitucionalidade do artigo 156 do CPP, por se tratar do acolhimento de um sistema inquisitivo, com clara violação do modelo acusatório acolhido pelo texto constitucional.

REFERÊNCIAS

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo, Editora Atlas, 2013.

_____. **Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

_____. *et al.* **In dubio pro hell: profanando o sistema penal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

LEONEL, Juliano de Oliveira. **Tribunal do Júri Aspectos Processuais.** Florianópolis. Editora Modara. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RESTRIÇÕES À AUDIÊNCIA PÚBLICA NA LIBERAÇÃO DE TRANSGÊNICOS E DIREITO INTERNACIONAL

Fabio Carvalho Verzola

Analista Jurídico. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) em 2010. Graduado em direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (CEAP) em 2005. Tesista com publicações em diversas matérias, tais como Direito Ambiental, Administrativo e Constitucional.

RESUMO: Este artigo analisa se as restrições à participação na audiência no processo de liberação dos transgênicos são compatíveis com os ditames do Direito Internacional. E, entre os cerceamentos aludidos, cite-se a realização de prova de interesse para participação da audiência, bem como a necessidade de realização de requerimento por cinquenta cidadãos, MP ou entidade civil. Dessa forma, será verificado se os preceitos referendados adequam-se aos tratados internacionais pertinentes, em especial o Protocolo de Cartagena e o GATT.

PALAVRAS-CHAVE: Transgênicos; Lei 11.105/2005; Direito Internacional.

RESTRICTIONS ON THE PUBLIC HEARING ON THE LIBERATION OF TRANSGENICS AND INTERNACIONAL RIGHT

ABSTRACT: This article examines whether restrictions on audience participation in the

transgenic release process are consistent with the dictates of international law. And, among the abovementioned restrictions, mention must be made of evidence of interest for the participation of the hearing, as well as the need to file an application by fifty citizens, MP or civil entity. In this way, it will be verified whether the precepts endorsed conform to the pertinent international treaties, in particular the Cartagena Protocol and the GATT.

KEYWORDS: Transgenic; Law 11.105 / 2005; International right.

1 | INTRODUÇÃO

A maior importância desse estudo está na preservação de um valor nuclear, que é a informação, a qual é essencial à identidade do sistema jurídico, e, por isso, sendo direito individual, é cláusula pétrea, não podendo ser modificada. Além disso, sem informação, não há efetividade da participação da coletividade na proteção do meio ambiente, vez que não há formação da consciência necessária para tornar os cidadãos aptos para participarem das decisões. Daí a essencialidade de investigar se os cerceamentos da Lei 11.105/2005 à participação da audiência pública são adequados aos tratados internacionais

atinentes, sob pena de provocar o controle de convencionalidade.

Além disso, trabalhar-se-á com a análise de textos, revistas, livros e artigos, o que torna clara a opção pelo uso de pesquisa bibliográfica. Esta com o fito de colher material necessário para o estudo, por meio das contribuições dos estudiosos do tema, mesclando-se à opinião do autor, para se formar uma conclusão efetiva sobre o assunto.

2 | A INFORMAÇÃO SOBRE A TRANSGENIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E A VIOLAÇÃO CAUSADA PELA LEI 11.105/2005

A Lei 11.105/2005 (BRASIL, 2005a) possui vários artigos que restringem à informação, a saber: suprimindo a audiência pública, a qual é realizada excepcionalmente e apenas por meio de requerimento de cinquenta cidadãos ou de Ministério Público, que devem, obrigatoriamente, comprovar interesse (art. 25, parágrafo único c/c art. 43, I, todos do Decreto 5.591/2005 - BRASIL, 2005b - c/c art. 11, §8º - A da Lei 11.105/2005). Além de a participação da sociedade civil, do setor público e membros da comunidade científica, apenas, ocorrerá de forma excepcional, sem direito a voto e como meros ouvintes (art. 9º, §3º e art. 11, §10º). Sendo que: “a CTNBio poderá realizar audiências públicas ...” (art. 15, *caput* da Lei 11.105/2005). Nesse caso, o vocábulo pode encerra uma faculdade à CTNBio que pode escolher discricionariamente, se quer ou não realizar a audiência pública.

Daí a necessidade de saber se essas restrições são compatíveis com a normatização internacional a fim de primar pela eficácia do sistema jurídico internacional, bem como a tentar compatibilizar o ordenamento jurídico nacional às questões internacionais, sobretudo àquelas relativas a direitos humanos, como é o caso em questão.

Nessa seara, cumpre esclarecer que, ao ser incorporado ao ordenamento jurídico, o tratado internacional, caso não tenha natureza de direitos humanos, tem o caráter de lei ordinária (CAMPOS; TÁVORA, 2012, p. 23). Por conseguinte, pode, inclusive, revogar outra lei quando seu conteúdo for contrário ao dela, ou ser revogado por leis posteriores. Sendo aplicada a regra do conflito aparente de normas, por meio dos critérios da especialidade: lei especial derroga geral e cronológico: lei posterior derroga anterior (RECHSTEINER, 2009, p. 116).

De modo que os tratados internacionais que não tiverem natureza de direitos humanos terão de observar duas orientações: a) receberão controle constitucional, em vista da supremacia da constituição; b) serão incorporados como leis ordinárias, da mesma hierarquia e eficácia destas. É o que foi exarado na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 1.480-3 DF (BRASIL, 1997):

O poder judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no

âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e jurisprudência (...). Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes

Contudo, quando os tratados possuírem a natureza de direitos humanos, e caso sejam aprovados pelo rito das emendas constitucionais (aprovação em cada casa do congresso nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros), terão a mesma natureza que as normas constitucionais (art. 5º, §3º da CF). Porém, mesmo que sejam aprovadas pelo rito da lei ordinária (ou seja, por maioria simples), possuirão o efeito supralegal, ou seja, estarão acima de todas as leis infraconstitucionais, só podendo ser revogadas pela constituição (ZANOTTI, 2014, p. 41).

Vide jurisprudência do STF (Superior Tribunal Federal), que ratifica a tese da supralegalidade no RE (Recurso Extraordinário) 349.703-1 RS (BRASIL, 2003):

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Retirado da Pauta 04/2003, publicada no DJ de 06.03.2003, por indicação do Relator. 1a. Turma, 11.03.2003.

De maneira que fica claro que os tratados citados, possuem natureza de lei ordinária, sem se falar em efeito supralegal, posto que não contém natureza de direitos humanos.

E, tendo em vista tratar-se de tratados internacionais, devem ser interpretados conforme a normas da Convenção de Viena (INTERNACIONAL, 1969), em especial o art. 31, número 1, o qual denota que: “um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Nesse panorama, vale realçar que a convenção mencionada foi ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto 7.030/2009 (BRASIL, 2009).

Saliente-se a aplicação do Protocolo de Cartagena sobre sobre Biossegurança (INTERNACIONAL, 2003), o qual considera os efeitos da biotecnologia na conservação e uso sustentável da biodiversidade na saúde humana (arts 1º e 4º). Este documento preocupa-se com os efeitos dos transgênicos após sua liberação, sobretudo no que tange aos movimentos fronteiriços e riscos de contaminação genética. Regulando, ainda, os movimentos transfronteiriços de transgênicos, a fim de evitar os riscos ambientais, sanitários. Além de descrever restrições e garantias quando houver informação insuficiente ou riscos à biodiversidade e à biossegurança. Igualmente, destaca-se a ratificação do Brasil ao tratado internacional aludido por meio do Decreto 5.705/2006 (BRASIL, 2006).

É curial analisar o artigo 23 do tratado acima mencionado:

Artigo 23. Conscientização e Participação Pública. 1. As Partes. a) promoverão e facilitarão a conscientização, educação e participação públicas a respeito da transferência, da manipulação e do uso seguros dos organismos vivos modificados em relação à conservação e ao uso sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana. Ao fazê-lo, as Partes cooperarão, conforme o caso, com outros Estados e órgãos internacionais; b) procurarão assegurar que a conscientização e educação do público incluam acesso à informação sobre os organismos vivos modificados identificados de acordo com o presente Protocolo que possam ser importados. 2. De acordo com suas respectivas leis e regulamentos, as Partes consultarão o público durante o processo de tomada de decisão sobre os organismos vivos modificados e tornarão públicos os resultados dessas decisões, respeitando as informações confidenciais de acordo com o disposto no Artigo 21. 3. Cada Parte velará para que seu público conheça os meios de ter acesso ao Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança.

De fato, ao analisar o dispositivo alegado, sobretudo o art. 23, número 1, alíneas 'a' e 'b', verifica-se que o objetivo do protocolo de Cartagena é facilitar a conscientização, educação e participação pública e acesso à informação. De maneira que a finalidade do tratado mencionado é promover amplo acesso à informação. Desse modo, as restrições da Lei 11.105/2005 relativas à audiência noticiam que esta só poderia ser realizada por requerimento de 50 cidadãos ou pelo *Parquet* e mediante prova de interesse, assim o cerceamento à participação, em setor público, a comunidade científica e as entidade civis só possam participar, excepcionalmente,

e apenas como ouvintes e sem direito à voto, devem ser consideradas inaplicáveis. Ao contrário, deduzir tal possibilidade, ofenderia o art. 32, alínea 'b' da convenção de Viena, a qual proíbe interpretação manifestamente absurda ou desarrazoável.

Dessa forma, aduz-se que o Protocolo de Cartagena determina que a população tenha amplo acesso à informação sobre os transgênicos, bem como promover a conscientização, educação e participação pública. Por isso, as restrições descritas na Lei de Biossegurança devem ser consideradas inaplicáveis.

Além disso, pode ser recusada a importação em face da ausência de informação ou expedição imprecisa, vez que é uma obrigação legal expedir os dados de maneira precisa, bem como identificar claramente a existência de transgenes (art. 8º, número 2, alínea 'b' c/ art. 11, número 2 e 4 número 4 do Protocolo de Cartagena).

Os tratados supramencionados, apesar de possuírem natureza comercial, foram incorporados como leis ordinárias, e em vista de que estes sejam especiais, ao passo que a Lei de Biossegurança seja de caráter geral, e, por não pode revogá-los.

Com efeito, via de regra, a lei posterior geral não derroga lei especial (art. 2º, §2º do Decreto-Lei 4.657/1942). O que denota a prevalência da regra da especialidade sobre a cronológica. Sendo norma geral é aquela que é abstrata e genérica, enquanto que a especial necessita de tratamento diferenciado, conteúdo determinado e setorizado, sem se aplicar aos ditames gerais (DAVID, 2017).

Ademais, a lei especial possui todos os elementos das normas gerais, mais alguns especializantes (GONÇALVES, 2002, p. 17). De maneira que fica claro que a Lei de Biossegurança é norma geral, posto que são apresentadas as características gerais, como as normas de segurança mecanismos de fiscalização sobre a construção, cultivo, produção, manipulação, importação, exportação, armazenamento ... (art. 1º da Lei 11.105/2005). Enquanto que o Protocolo de Cartagena discorre sobre todos esses pontos, mais alguns específicos, a exemplo dos e os efeitos da biotecnologia na conservação e uso sustentável da biodiversidade na saúde humana (arts 1º e 4º do Protocolo de Cartagena). Disso se exsurge que a convenção internacional aludida é de caráter especial, de modo que não pode ser revogada pela Lei de Biossegurança que é norma geral.

E, mesmo que se trate de um tratado de cunho comercial, a informação e a participação sendo direitos humanos essenciais à efetividade da proteção ao meio ambiente, que é compartilhado entre a coletividade e o poder público (art. 225 da CF), deve ser tutelado pelo efeito supralegal das normas direitos humanos, fazendo com que nenhuma norma infralegal, a exemplo do Lei 11.105/2005, possa revogar os artigos suscitados.

Assim, pelo que já foi explanado, verifica-se as restrições à informação descritas pela Lei 11.105/2005 vulneram o protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, porquanto o citado tratado determina a obrigação de se informar de maneira clara, ou seja, facilmente compreensível, eis porque se defende que a restrição à audiência pública, em que se realizada a divulgação dos resultados daquele, bem como o

sigilo das informações e à participação, tolhem a informação clara; determinada pelo tratado aludido.

Além disso, o art. 23, número 1, alíneas 'a' e 'b' determinam a existência de ampla informação sobre os transgênicos, inclusive com consulta pública, do que aduz a impossibilidade das restrições acima descritas, posto que culminariam em interpretação absurda, o que é proibido, conforme o art. 32, 'b' da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados. Portanto, em decorrência disso, aduz-se a obrigatoriedade de realização de audiência, posto que seja forma que se efetiva a consulta popular no momento em que há liberação dos transgênicos.

3 | CONCLUSÃO

As restrições à informação e participação descritas pela Lei de Biossegurança são ilegais, porquanto o Protocolo de Cartagena determine consulta pública no processo de tomada de decisões (art. 23), do que se conclui que a audiência pública seja obrigatória, posto que seja a forma como se efetiva a consulta pública no ordenamento nacional. Ademais, as restrições à informação e mitigação da participação da audiência descritas na Lei 11.105/2005, violam, também, o mesmo dispositivo citado, visto que se determina a conscientização, participação, educação e acesso amplo à informação. Além da necessidade de a informação ser clara (facilmente compreensível), conforme art. 8º, número 2, alínea 'b' e art. 11, número 2 e 4, art. 18, número 2, alíneas 'b' e 'c'. De sobremaneira porque se defende que o tratado suscitado seja especial, e, por isso, não pode ser revogado pela Lei de Biossegurança, que é norma geral. Além disso, os dispositivos citados do Protocolo de Cartagena tem conteúdo de direitos humanos, e, por isso teria o efeito suprallegal, e não poderia ser revogado pela Lei 11105/2005.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005a**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 20 ago. 2017.

_____. **Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva ao Artigos 25 e 66. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 07 ago. 2019.

_____. **Decreto 5.705, de 16 de fevereiro de 2006**. Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em: 07 ago. 2019.

_____. **Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005b**. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3 DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 04 de setembro de 1997. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 07 ago. 2019

_____. **Recurso Extraordinário 349.703-1 RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 03 de dezembro de 2008. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

CAMPOS, Diego Araújo; TÁVORA, Fabiano. **Direito internacional**: público, privado e internacional. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVID, Tiago Bitencourt de. **Conflito entre critérios cronológicos e o da especialidade: resolução da antinomia de segundo grau à luz da doutrina jurisprudência**. Disponível em: <www.tex.pro.br/artigos/286-artigos-out-2014/6770-conflito-entre-os-criterios-cronologico-e-da-especialidade-resolucao-da-antinomia-de-segundo-grau-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia>. Acesso em: 06 fev. 2017

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal*: Parte Geral. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

INTERNACIONAL. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)**. Disponível em: <<https://docs.google.com/fil/d/0BwbnJ2EXfmcDMjRkY215ZWQtZThjMC00oDIxLTI>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

_____. **Protocolo de cartagena sobre biodiversidade (2003)**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/prot_biosseguranca.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2016.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ZANOTTI, Bruno Tafner. **Controle de constitucionalidade**. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2014.

SOBRE O ORGANIZADOR

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

C

Compliance 9, 165, 167, 169, 170, 171, 172, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 223

D

Dano 8, 35, 39, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 142, 230

Democracia 8, 11, 15, 16, 18, 29, 66, 75, 76, 77, 79, 80, 83, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 128, 173, 206, 247, 250, 251, 253, 256, 257, 258, 291, 293, 296, 305, 307, 335, 339

Direito 9, 10, 11, 1, 2, 3, 4, 6, 8, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 29, 30, 32, 33, 35, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 53, 54, 58, 59, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 74, 77, 78, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 94, 95, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 126, 128, 129, 132, 136, 137, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 167, 168, 169, 171, 173, 174, 176, 179, 181, 182, 183, 185, 186, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 228, 230, 231, 232, 233, 246, 251, 257, 259, 262, 263, 269, 271, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 293, 294, 296, 298, 299, 303, 304, 305, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 347, 348

Direito aduaneiro 9, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 167

Direito internacional 11, 122, 128, 341, 343, 347

Direito penal 215, 216, 219, 220, 325, 327, 328, 330, 331, 332, 333, 335, 336, 337, 339

Direito registral 10, 222

Direitos humanos 3, 6, 9, 10, 31, 36, 37, 38, 40, 44, 47, 53, 63, 65, 67, 124, 128, 152, 206, 298, 303, 308, 332, 336, 342, 343, 344, 345, 346, 348

E

Economia 6, 7, 9, 96, 100, 131, 132, 137, 164, 168, 175, 179, 180, 181, 183, 203, 239, 265, 269, 273, 274, 276

Eficácia 20, 30, 59, 67, 78, 98, 148, 180, 214, 229, 230, 251, 256, 259, 263, 338, 342, 343

Estado de coisas inconstitucional 8, 42, 47, 56, 67, 75

Estatuto da metrópole 10, 233, 239

I

Idoso 5, 6, 8, 11, 305

Intervenção estatal 18, 146, 170, 328

J

Justiça restaurativa 8, 31, 34, 35, 38, 40, 41

M

Morte 11, 50, 298, 299, 300, 301, 302, 305, 307, 308

Mulheres 4, 7, 9, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55

P

Parceria público-privada 10, 156, 265, 267, 269, 273, 275

Pejotização 9, 137, 143, 144, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155

Poderes 8, 13, 14, 19, 20, 21, 28, 48, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 161, 174, 205, 234, 250, 252, 253, 281, 286, 287, 291, 294, 337, 338

Política urbana 10, 198, 246, 252, 253

Posse 9, 186, 187, 189, 191, 192, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 228, 229, 255

Prescrição 10, 191, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221

Princípios 3, 5, 10, 18, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 42, 43, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 76, 102, 113, 114, 129, 136, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 160, 161, 180, 231, 243, 244, 263, 278, 280, 285, 287, 289, 293, 295, 303, 307, 319, 332, 337, 339

R

Renda 8, 5, 22, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 305

S

Sistema carcerário 8, 42, 43, 47, 48, 49, 51, 53, 56, 57, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 79, 80, 81

Sociedade 6, 8, 10, 11, 17, 18, 19, 31, 33, 34, 38, 40, 43, 44, 45, 48, 50, 53, 56, 58, 62, 65, 66, 75, 77, 78, 80, 98, 100, 102, 103, 112, 120, 130, 131, 133, 142, 144, 145, 149, 153, 154, 161, 162, 163, 170, 171, 172, 179, 180, 181, 183, 201, 204, 207, 216, 223, 231, 233, 234, 235, 236, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 257, 262, 272, 278, 286, 290, 294, 299, 300, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 310, 314, 316, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 342

T

Terceirização 9, 106, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 150, 275

Trabalho 1, 4, 5, 6, 7, 10, 13, 14, 42, 48, 51, 57, 59, 64, 65, 66, 71, 84, 86, 93, 94, 96, 97, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 169, 171, 190, 197, 199, 200, 202, 203, 204, 214, 218, 219, 233, 234, 235, 239, 244, 246, 250, 259, 260, 261, 262, 263, 268, 298, 299, 301, 303, 304, 305, 307, 308, 311, 316

Transgênicos 11, 341, 344, 345, 346

Tribunais 8, 13, 14, 15, 16, 19, 21, 25, 26, 27, 29, 36, 46, 47, 48, 54, 74, 75, 94, 101, 118, 122, 124, 125, 127, 142, 151, 168, 184, 196, 284, 291, 309, 310, 321, 323, 330, 338

U

Usucapião 9, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 201, 205, 224

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-677-5

