

Organizadora
Barbara Luzia Sartor Bonfim Catapan

AS CIÊNCIAS JURÍDICAS E SEUS IMPACTOS NA SOCIEDADE

Vol. 01

Curitiba
EDITORIA REFLEXÃO ACADÊMICA
2021



Organizadora
Barbara Luzia Sartor Bonfim Catapan



**As ciências jurídicas e seus
impactos na sociedade**

Vol. 01

**Reflexão Acadêmica
editora**

**Curitiba
2021**

Copyright © Editora Reflexão Acadêmica
Copyright do Texto © 2021 O Autor
Copyright da Edição © 2021 Editora Reflexão Acadêmica
Editora-Chefe: Profa. Msc. Barbara Luzia Sartor Bonfim Catapan
Diagramação: Lorena Fernandes Simoni
Edição de Arte: Lorena Fernandes Simoni
Revisão: O Autor

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

Conselho Editorial:

Profª. Msc. Rebeka Correia de Souza Cunha, Universidade Federal da Paraíba - UFPB
Prof. Msc. Andre Alves Sobreira, Universidade do Estado do Pará - UEPA
Profª. Drª. Clara Mariana Gonçalves Lima, Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP
Profª. PhD Jalsi Tacon Arruda, Centro Universitário de Anápolis - UniEVANGÉLICA
Profª. Drª. Adriana Avanzi Marques Pinto, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP
Prof. Dr. Francisco Souto de Sousa Júnior, Universidade Federal Rural do Semi-Árido - UFERSA
Prof. Dr. Renan Gustavo Pacheco Soares, Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Prof. Dr. Sérgio Campos, Faculdade de Ciências Agronômicas, Brasil.
Prof. Dr. Francisco José Blasi de Toledo Piza, Instituição Toledo de Ensino, Brasil.
Prof. Dr. Manoel Feitosa Jeffreys, Universidade Paulista e Secretaria de Educação e Desporto do Amazonas, Brasil.
Profª. Drª. Mariana Wagner de Toledo Piza, Instituição Toledo de Ensino, Brasil.
Prof. Msc. Gleison Resende Sousa, Anhanguera Polo Camocim, Brasil.
Profª. Msc. Raiane Vieira Chaves, Universidade Federal de Sergipe, Brasil.
Profª. Drª. Thalita Siqueira Sacramento, Escola da Natureza- Secretaria de Educação do Distrito Federal, Brasil.
Prof. Msc. André Luiz Souza, Universidade Federal do Triângulo Mineiro, Brasil.
Profª. Drª. Leonice Aparecida de Fatima Alves Pereira Mourad, Universidade Federal de Santa Maria, Brasil.
Profª. Drª. Lenita de Cássia Moura Stefani, Universidade do Estado de Santa Catarina, Brasil.



Reflexão Acadêmica
editora

Ano 2021

Prof^a. Msc. Vanesa Nalin Vanassi, Universidade do Estado de Santa Catarina, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Khétrin Silva Maciel, Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Adriana Crispim de Freitas, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
Prof. Esp. Richard Presley Silva Lima Brasil, Centro De Educação Superior De Inhumas Eireli, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Vânia Lúcia da Silva, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil.
Prof.^a Dr^a. Anna Maria de Oliveira Salimena, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil.
Prof.^a Dr^a. Maria Clotilde Henriques Tavares, Universidade de Brasília, Brasil.
Prof.^a Dr^a. Márcia Antonia Guedes Molina, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
Prof. Msc. Mateus Veppo dos Santos, Centro Universitário Euro-Americanano, Brasil.
Prof.^a Msc. Adriana Xavier Alberico Ruas, Funorte, Brasil.
Prof.^a Msc. Eliana Amaro de Carvalho Caldeira, Centro Universitário Estácio - Juiz de Fora MG, UFJF, Brasil.
Prof. Msc. João Gabriel de Araujo Oliveira, Universidade de Brasília, Brasil.
Prof.^a Dr.^a Anisia Karla de Lima Galvão, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte, Brasil.
Prof.^a Dr.^a Rita Mônica Borges Studart, Universidade de Fortaleza, Brasil.
Prof.^a Msc. Adriane Karal, UDESC/UCEFF, Brasil.
Prof.^a Msc. Darlyne Fontes Virginio, IFRN, Brasil.
Prof.^a Msc. Luciana Mação Bernal, Universidade Federal de São Carlos, Brasil.
Prof. Dr. Roberto José Leal, Escola de Enfermagem Anna Nery / Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.



Reflexão Acadêmica
editora

Ano 2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C357a Catapan, Barbara Luzia Sartor Bonfim

As ciências jurídicas e seus impactos na sociedade / Barbara Luzia Sartor Bonfim Catapan. Curitiba: Editora Reflexão Acadêmica, 2021.
304 p.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui: Bibliografia

ISBN: 978-65-995551-6-9

1. Ciências Jurídicas. 2. Sociedade.

I. Catapan, Barbara Luzia Sartor Bonfim. II. Título.

Editora Reflexão Acadêmica
Curitiba – Paraná – Brasil
1 contato@reflexaoacademica.com.br



Reflexão Acadêmica
editora

Ano 2021

ORGANIZADORA

Sobre a organizadora - Barbara Luzia Sartor Bonfim Catapan - Mestre em Engenharia de Produção e Sistemas pela PUCPR. Possui graduação em Administração pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2014), bacharelado em Pedagogia pela Faculdade das Américas - FAM (2020) e MBA em Gestão Executiva de Negócios pela Universidade Braz Cubas (2016). Atuou, profissionalmente, em duas organizações nas áreas financeira e administrativa. Foi professora convidada no Instituto de Educação e Pós-Graduação em Negócios (IEN), ministrando aulas em cursos de extensão a distância. Foi Professora Pesquisadora no Instituto Federal do Paraná - IFPR no curso Técnico de Logística. Publicou 9 artigos em periódicos e 9 artigos em congressos nacionais e internacionais. Atualmente, atua como Editora-chefe na empresa Reflexão Acadêmica Editora.

APRESENTAÇÃO

O livro “As ciências jurídicas em seus impactos na sociedade vol.01”, publicado pela Reflexão Acadêmica Editora, coletânea que une vinte e um capítulos, e irá apresentar trabalhos relacionados com os diversos temas ligados à área das ciências jurídicas como um todo.

Assim os trabalhos, avaliam os impactos do atual cenário do direito do trabalho no bem-estar social. É explanada a discussão de questões concernentes a integração e constitucionalização do sistema político global repensando a democracia. Discute-se a necessidade de um olhar mais atento aos casos de reinserção, bem como os de adoção, tendo em vista que a introdução destes indivíduos em uma família que não está apta para acolhê-los pode causar danos irreparáveis. Temas relacionados com o direito do consumidor e a subordinação estrutural nos contratos de trabalho e sua aplicabilidade são discorridos no livro. Também é abordada uma análise da atuação do Estado no que concerne à aplicação do direito nos casos de crimes envolvendo os indígenas e temas como práticas ativistas dos movimentos feministas são apresentadas no decorrer do livro.

Dessa forma agradecemos todos os autores pelo esforço e dedicação colocados em seus trabalhos. Esperamos poder contribuir com a comunidade científica que se interessa por temas relacionados com as ciências jurídicas e que o livro auxilie em futuras pesquisas voltadas na temática discutida.

Boa leitura!

Barbara Luzia Sartor Bonfim Catapan

SUMÁRIO

CAPÍTULO 01	1
OS DESAFIOS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL À LUZ DO DIREITO DO TRABALHO NA ATUALIDADE: OS IMPACTOS DO ATUAL CENÁRIO DO DIREITO DO TRABALHO NO BEM-ESTAR SOCIAL	
Adriano da Silva Romero	
Camila Escobar	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000131	
CAPÍTULO 02	14
CONSTITUCIONALISMO PARA ALÉM DO ESTADO NACIONAL: UMA ABORDAGEM PLURALISTA E O REPENSAR DA DEMOCRACIA	
Francine Cansi	
Ipojucan Demétrius Vecchi	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000132	
CAPÍTULO 03	32
DIREITOS HUMANOS À LUZ DE ÉXODO 3, 7-9	
Luciano José Dias	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000133	
CAPÍTULO 04	40
UCs MUNICIPAIS DA MATA ATLÂNTICA NO CONTEXTO URBANO	
Luiz Paulo Pinto	
Erika Guimarães	
Márcia Hirota	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000134	
CAPÍTULO 05	71
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO	
Marcos Vinicius Ferreira	
Rafael Arduini Azolini	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000135	
CAPÍTULO 06	82
DESLIGAMENTO INSTITUCIONAL NOS CASOS DE REINSERÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA FAMÍLIA NATURAL: UM ESTUDO SOBRE O MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA/MS	
Tainá Santos de Oliveira	
Larissa Satie Fuzishima Komuro	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000136	
CAPÍTULO 07	91
A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL NOS CONTRATOS DE TRABALHO E SUA APLICABILIDADE	

Ana Paula Rodrigues Alves
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000137

CAPÍTULO 08	98
VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIREITO E HUMANOS	
Thaís Assunção Nunes	
Vanessa C. Moreira Carvalho	
Gisele S. Lira de Resende	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000138	
CAPÍTULO 09	111
A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CAMPO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O CASO DO ROBÔ-ADVOGADO	
Ana Karen Vasconcelos Araújo	
Alberto Dias de Souza	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000139	
CAPÍTULO 10	118
SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: MEDIDAS ALTERNATIVAS AO CUMPRIMENTO DE PENA	
Ana Carolina Lúcio Poscidônio	
Julie Sthephanny Paiva	
Carla de Oliveira Cezario	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000140	
CAPÍTULO 11	127
O DIALOGISMO NO PROCESSO JUDICIAL: A CORRELAÇÃO ENTRE A TEORIA BAKHTINIANA E OS FENÔMENOS PROCESSUAIS DIALÓGICOS	
Alex Sandro Teixeira da Cruz	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000141	
CAPÍTULO 12	143
MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ESTRATÉGIA SOCIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR	
Rosemary Mendes Farias	
Rhudson de Sousa Silva	
Chrystianne Moura	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000142	
CAPÍTULO 13	160
O ABUSO DE PODER COMO MEIO PARA CAPTAÇÃO DE VOTOS	
Ana Rafaela Sousa dos Santos	
Alécio Valois Pereira de Araújo	
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000143	
CAPÍTULO 14	176

O AUMENTO DOS HOMICÍDIOS CONTRA O SEGMENTO LGBT COMO CONSEQUÊNCIA DA INEFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO CEARÁ

Giácomo Tenório Farias

Alex Silva Gonçalves

DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000144

CAPÍTULO 15194

ANÁLISE DO SUJEITO CONCRETO NO TERCEIRO CONTRATO

Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo

Jaqueleine de Mello Castro Bourscheidt

DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000145

CAPÍTULO 16216

PUNIBILIDADE E COMPETÊNCIA PROCESSUAL NOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTE INDÍGENA NO BRASIL

Joniel Vieira de Abreu

Paulo Sérgio Almeida

Rose Melry Maceió de Freitas Abreu

DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000146

CAPÍTULO 17233

AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS COM OS POVOS INDÍGENAS DURANTE A DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL

Luane Flores Chuquel

Alef Felipe Meier

Ivo dos Santos Canabarro

DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000147

CAPÍTULO 18248

ANÁLISE COMPARATIVA DO CONTRATO DE PARCERIA RURAL E DO CONTRATO DE EMPREGO, SOB A VISÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Luís Roberto Fonseca Ferrão

Luciana Rossete Fonseca Ferrão

Mariana Rossete Ferrão

DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000148

CAPÍTULO 19267

PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL JUNTO AO MERCADO DO LEITE, NUM ENFOQUE JURÍDICO E ECONÔMICO

Jonathan Barros Vita

Luís Roberto Fonseca Ferrão

DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000149

CAPÍTULO 20284

“CHEGA DE FIU FIU” CIBERFEMINISMO CONTRA O ASSÉDIO SEXUAL

Beatriz Magalhães
Carlise Clericini Dieminger
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000150

CAPÍTULO 21299

AS DOENÇAS PSÍQUICAS E A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Débora Fernanda Archanjo Luiz
Renata Nóbrega Figueiredo
DOI: doi.org/10.51497/reflex.0000151

CAPÍTULO 01

OS DESAFIOS NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL À LUZ DO DIREITO DO TRABALHO NA ATUALIDADE: OS IMPACTOS DO ATUAL CENÁRIO DO DIREITO NO TRABALHO NO BEM-ESTAR SOCIAL

Adriano da Silva Romero

Juiz do Trabalho do TRT 23. Mestrando em função social pela FADISP, especialista em Direito e Processo do Trabalho; Pesquisador associado da Universidade Federal do Estado do Mato Grosso – Campus Barra do Garças; Juiz Titular da Vara do Trabalho da cidade de Juína, Mato Grosso

E-mail: adrianosilva@trt23.jus.br

Camila Escobar

Advogada e Professora Especialista em Direito e Processo do Trabalho; Unicathedral Centro Universitário, Barra do Garças-Mato Grosso

E-mail: camila.escobar@unicathedral.edu.br

Resumo: Esse ensaio científico aborda a propositura do seguinte problema: Quais os Impactos do Atual Cenário do Direito do Trabalho no Bem-Estar Social? Tem como objetivo geral avaliar Os Impactos do Atual Cenário do Direito do Trabalho no Bem-Estar Social. Utilizará o método indutivo, analisando o tema em tela. Referido método é um processo mental que parte da coleta de dados e/ou materiais já constatados acerca do tema gerando uma verdade geral ou universal, não exposta nas partes examinadas. A natureza da pesquisa é quantitativa, pois é estável, reducionista, o raciocínio é lógico, a visão da realidade é fragmentada, objetiva e singular, separada dos pesquisadores. Utiliza a forma exploratória, pois este trabalho foi efetuado a partir de um levantamento bibliográfico, utilizando informações provenientes de material com textos sobre o tema. O tema se justifica dada à atualidade e repercussão, principalmente, após a efetivação da Lei 13.467/17, que gerou grandes instabilidades jurídicas e sociais. Isto posto, imprescindível que a lei trouxesse, um aprimoramento às relações trabalhistas, porém, sem cercear direitos, inclusive Constitucionais dos trabalhadores, que foram conquistados sob árduas lutas, de modo que o Bem-Estar social não fosse atingido e desestabilizado. O trabalho foi apresentado em um workshop ministrado pelo Juiz do Trabalho da 23 Região, especialista em Direito e Processo do trabalho, Doutor Adriano Romero da Silva, aos acadêmicos do Curso de Direito do Centro Universitário UniCathedral, em 22 de outubro de 2019, no 1º Congresso Jurídico Direito e Humanos, ocorrido no período de 22 a 25 de outubro de 2019, na Cidade de Barra do Garças – MT, em parceria com a Advogada e Professora do referido Curso, Esp. Camila Escobar.

Palavras-chave: Bem-estar social; Direito do Trabalho; Impactos.

Abstract: This scientific test approach it about: what are the impacts of the current labor law scenario on social welfare? The general objective is to evaluate The Impacts of the Current Labor Law Scenario on Social Welfare. It will use the inductive method, analyzing the topic in question. The inductive method is a mental process that collect data and materials about the researched topic generating a general or universal truth that did not exposed on the parts. The nature of the research is quantitative, because it is stable, reductionist, the reasoning is logical the view of reality is fragmented,

objective and singular, apart from the researchers. It is exploratory because this scientific test was made by bibliographic research, using information acquire material with texts on the topic. The topic justified it self-according the timeliness and repercussion mainly after the enactment of the law 13.467/17, which generated big legal and social instabilities. Concludes, the law improved labor relations, however, without restricting rights, including constitutional rights of workers, it was conquer with hard work, so that social welfare was not attained and destabilized. This scientific test it was introduced on a workshop given by the Labor Judge 23 region, specialist in Labor Law and Process, PhD Adriano Romero da Silva, to academics from the Law Course of Centro Universitário Unicathedral, on October 2019, 1º Legal Congress on Human and Law, it was on 22 to 25 October 2019, In Barra do Garças – MT, with partnership with the lawyer and professor specialist Camila Escobar.

Keywords: Social well-being; Labor Law ; Impacts.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio científico trata sobre os Impactos do atual cenário do Direito do Trabalho no Bem-Estar Social, haja vista que a necessidade de conceder ao trabalhador o bem-estar social surgiu por volta do século XVIII, de modo que até mesmo a igreja se mobilizou intervindo por meio de uma carta, denominada escrita pelo Papa Leão XIII, em maio de 1.891.

A pesquisa do tema foi desenvolvida como suporte teórico, para fins de apresentação em um workshop, ministrado, pelo Juiz do Trabalho do 23 Tribunal Regional do Trabalho, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, atualmente Juiz Titular da Vara do Trabalho de Juína, em Mato Grosso, aos acadêmicos do Curso de Direito do UniCathedral Centro Universitário, no 1º Congresso de Direito, denominado Direito e Humanos, que aconteceu no período de 22 a 25 de outubro de 2019, estando o referido workshop sob a coordenação da Professora e advogada Esp. Camila Escobar.

A pesquisa teve como norte o questionamento de quais os impactos do atual cenário do direito do trabalho no bem-estar social, sendo um tema de relevante importância, por tratar de um direito inerente a todo e qualquer trabalhador, conquistado por meio de muitas lutas, mas que, no entanto, vem sendo transgredido por leis que infringem até mesmo a Carta Magna do nosso país.

O objetivo macro é despertar no acadêmico de Direito, assim como nos próprios operadores e a sociedade em geral, o senso crítico e a observância de até que ponto o Estado tem tido o devido zelo pela manutenção do bem-estar social dos trabalhadores.

Insta ainda, analisar a importância do bem-estar social, como um bem da vida, a ser alcançado por todos e preservado pelo Estado.

Compreender os impactos do Direito do Trabalho nos moldes atuais, no bem-estar social, ao passo que esses impactos refletem diretamente na realidade de cada trabalhador.

Utilizou-se do método indutivo, realizando uma análise do tema “Quais os Impactos do atual Cenário do Direito do Trabalho no Bem-Estar Social?”. O método indutivo nada mais é que um processo mental que parte da coleta de dados e/ou materiais que já foram constatados acerca do tema gerando uma verdade geral ou

universal, a qual não se mostra contida nas partes examinadas. Assim, todas as informações colhidas serão utilizadas para elucidar os principais conceitos relacionados ao tema.

A natureza da pesquisa é quantitativa, pois a mesma é estável, reducionista, o raciocínio é lógico, a visão da realidade é fragmentada, objetiva e singular, separada dos pesquisadores.

A forma utilizada na pesquisa foi a exploratória, sendo esse ensaio efetuado a partir de um levantamento bibliográfico, no qual será verificada a quantidade das fontes coletadas e se as mesmas eram compatíveis à elaboração do trabalho, com a utilização de artigos bibliográficos, trabalhando-se as fontes com recurso da técnica do fichamento de livros a fim de coletar os dados necessários na confecção do ensaio.

O meio de investigação adotado foi a pesquisa bibliográfica, para a qual foram utilizadas informações provenientes de material, nos quais comumente se encontra textos sobre o tema.

O tema da pesquisa se justifica por ser atual e haver inúmeros debates a respeito, principalmente depois da polêmica aprovação do projeto que resultou na Lei nº 13.467 de 2017, que efetivou a reforma trabalhista, a qual indubitavelmente infringe diversos direitos constitucionalmente garantidos.

Portanto, o bem-estar social merece ser estudado mais detalhadamente pelos juristas, apresentando, inclusive, hipóteses viáveis para a solução da problemática ora apresentada, vez que na medida em que o tempo passa as relações de trabalho vem se modificando e, as leis e regulamentações pertinentes têm sido elaboradas, observando apenas os interesses das minorias, não obstante, as quais detém e concentram o poder a serviço de seus próprios interesses.

O tema apresentado como interesse de estudo e pesquisa requer formas para ser elaborado, com o fim de alcançar os objetivos propostos nesse ensaio científico.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

A ideologia liberal surgiu entre os séculos XVII e XVIII, durante o Iluminismo, e desenvolveu inúmeras teorias, tanto políticas, quanto econômicas, que favoráveis à liberdade dos indivíduos em seu grau máximo, defendiam que se limitasse o poder de interferência dos Estados na vida e nas escolhas de seus cidadãos. Assim, segundo

John Locke, considerado pai do liberalismo, cabia somente aos governos garantir três direitos básicos aos homens: vida, liberdade e propriedade.

Nesse período, houveram grandes avanços, de modo que as produções de mercadorias de todas as espécies tiveram seus volumes multiplicados, bem como cresceram significativamente as vendas e os lucros.

A Inglaterra, ao que tudo indica, devia ter sido então o paraíso que os autores de canções mencionam sempre. Foi, realmente, no entanto, para poucos. Para muitos, podia ser qualquer coisa, menos um paraíso. Em termos de felicidade e bem-estar dos trabalhadores, aquelas estatísticas róseas diziam mentiras horríveis. (...). ‘Mais de um milhão de seres humanos estão realmente morrendo de fome, e esse número aumenta constantemente. (...). É uma nova era de história que um comércio ativo e próspero seja índice não de melhoramento da situação das classes trabalhadoras, mas sim de sua pobreza e degradação: é a era a que chegou a Grã-Bretanha. (HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. 21ª Edição, Revista. Editora Guanabara, Página 176).

Todavia, esse avanço se dava em detrimento da saúde e de todos os demais bens indispensáveis à uma vida digna, dos trabalhadores, haja vista que eram submetidos, a jornadas exaustivas em ambientes totalmente diversos do que seria adequado.

O bem-estar social dos trabalhadores não era observado pelo fato de que estes não eram vistos como investimento, ao contrário das máquinas, e, por isso, os capitalistas tinham grande zelo pelas máquinas, ao passo que usurpavam das forças, da saúde e até da vida dos trabalhadores.

3. O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Com a crescente necessidade de conciliar interesses completamente diversos, em se tratando de política, economia e justiça, bem como a culminância de efeitos estruturais, na organização, funcionalidade e setores jurídicos, ocorreu também uma alteração na sua estrutura normativa, pois outrora sua atuação pautada no distanciamento entre os setores econômico e político, passa a dar lugar a um perfil cada vez mais gerenciador de relações estabelecidas sob a sua égide, o que, inevitavelmente, acabou por inaugurar a vigência de normas jurídicas não mais voltadas a regras estritamente processuais, formais e comprometidas com a liberdade de acumulação de capital pelos particulares, mas dotadas de um conteúdo material mínimo que viabilizasse o gerenciamento dos anseios sociais.

Houve, no Estado Liberal, por parte do legislativo, uma atenuação preponderância e de atuação, quanto a elaboração de fontes formais, consoante à disjunção condizente ao aspecto social, imposta ao executivo pelo mercado capitalista.

A estruturação do estado de bem-estar social ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, na Europa Ocidental, muito embora há que se salientar que elementos originários se configuraram, anteriormente, mais precisamente na segunda metade do século XIX.

Há que se reconhecer que a organização do movimento sindical e o início da estruturação do Direito do Trabalho também são pontos cruciais nesse processo de construção, pelo fato de que o Estado de Bem-estar Social, abrange mais do que uma política pública previdenciária ou de segurança social, transpondo ainda, um modo organizacional da sociedade civil, no qual predominam as ideias de liberdade, igualdade, democracia, valorização da pessoa humana, valorização do trabalho e, especialmente, do emprego, científicoando, valorização de diversos outros direitos sociais como por exemplo, educação, saúde, moradia, cultura, lazer, etc.

Os primeiros passos se deram na segunda metade do século XIX, com emergência e o fortalecimento das organizações sindicais e político-partidárias dos trabalhadores e demais segmentos populares na Europa Ocidental, surgimento de políticas previdenciárias e acidentárias do trabalho.

Houve uma descentralização da ideia de profissões e inserção profissional das pessoas, preferindo se fundar na perspectiva do universalismo, como base da igualdade e da forte participação das instituições estatais em distintos segmentos da economia e da sociedade, sem prejuízo da manutenção da iniciativa privada capitalista na ordem econômica.

Assentado, originalmente, na proteção social no exercício de uma atividade profissional, de modo a vincular as prestações securitárias sociais às contribuições efetuadas por trabalhadores e empregadores, a par da participação estatal e fundado nos parâmetros da cidadania e do universalismo, desvinculando o exclusivismo dos laços dos benefícios securitários sociais com o fato do exercício profissional dentre outros podemos citar:

Presença e institucionalização de uma Democracia multidimensional, fundada na prática com o conceito constitucional de Estado Democrático de Direito, inerente

ao Constitucionalismo Humanista e Social europeu de após a Segunda Grande Guerra.

Então assegurados, entre outros, importantes princípios civilizatórios, tais como: o da liberdade, o da igualdade, o da solidariedade, o da dignidade da pessoa humana, o da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, o da valorização do trabalho e, enfaticamente, do emprego, o da subordinação da propriedade privada e da livre-iniciativa às suas funções socioambientais, o do bem-estar individual e social e o da justiça social.

Presença e institucionalização dos direitos civis e direitos políticos, porém agora sob uma perspectiva ampla, inclusiva e antidiscriminatória, bem como de largo leque de direitos individuais, sociais e coletivos, como trabalho e emprego, saúde, educação, segurança social, moradia, transporte coletivo de pessoas, cultura e lazer, e, ainda, garantia e institucionalização do “status” de fatores sociais, econômicos e políticos consagrados, conferido aos movimentos sociais, em especial ao sindicalismo e suas instituições.

Presença, garantia e institucionalização de um universo de meios de comunicação de massas razoavelmente equilibrado, equânime e independente, apto a transmitir as diversas perspectivas que envolvem os inúmeros problemas destacados, com meios de comunicação de massas públicos, sociais, ao invés de apenas controlados pelo poder econômico e privado, pela livre-iniciativa, crescente participação igualitária das mulheres nas diversas dimensões da sociedade civil e da sociedade política, como reconhecimento de sua maioria no plano demográfico das comunidades humanas nacionais e da essencialidade dos princípios humanistas e sociais do Estado de Bem-Estar e do próprio Constitucionalismo Humanista e Social.

Presença e institucionalização de uma política tributária fundada no princípio da solidariedade, de maneira a assegurar a firme higidez fiscal do Estado em forte harmonia com o princípio da igualdade substancial, que é basilar ao ideário do “*Welfare State*”, harmonização entre as ideias de justiça social e de justiça fiscal constitui característica fundamental do “*Welfare State*”.

Presença, garantia e institucionalização de um sistema capitalista do tipo sustentável, responsável, apto a propiciar a concretização de um desenvolvimento sustentável, tipificado por um capitalismo com responsabilidade social e ambiental e reciprocidade socioeconômica para a respectiva população.

Afirmar o trabalho e, particularmente, o emprego, significa garantir-se poder a quem originalmente é destituído de riqueza, constituindo em fórmula eficaz de distribuição de renda e de poder na desigual sociedade capitalista.

A centralidade do trabalho e, em especial, sua forma mais articulada e comum no capitalismo, o emprego, torna-se o epicentro da organização da vida social e da economia.

O trabalho, em particular, o emprego, passa a ser um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar, social e econômica, justamente por ser o trabalho, em especial o regulado (o emprego), asseguratório de certo patamar de garantias ao ser humano.

Por meio da centralidade do trabalho e do emprego, a nova matriz cultural submetia a dinâmica econômica do capitalismo a certa função social, ao mesmo tempo que restringia as tendências autofágicas, destrutivas, irracionais e desiguais que a história comprovou serem inerentes ao dinamismo normal desse sistema econômico.

4. TENTATIVA DE DESCONSIDERAÇÃO DO TRABALHO E DO EMPREGO NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO

O avanço tecnológico causou deslumbre, pelo fato de que eram vastamente perceptíveis e reconhecidas as inovações, de modo que ocorreu uma tentativa de desconstruir de fato o trabalho e o emprego, haja vista que os empresários já não só priorizavam o zelo às máquinas, como passaram a ter certeza de que os trabalhadores já não eram mais necessários.

Impressionado pelas inovações tecnológicas e organizacionais aprofundadas no sistema econômico, nas últimas décadas do século XX, além dos índices elevados de desemprego que passaram a persistir desde meados dos anos 1970, esse segmento crítico dissonante, acolheu o cerne da proposta explicativa do neoliberalismo, o trabalho teria se tornado desimportante na estrutura e na dinâmica do novo capitalismo, sendo que o emprego, a tradicional e dominante fórmula de trabalho nesse sistema, teria decaído para inevitável anacronismo. (DELGADO, Mauricio Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego – Entre o Paradigma da Destrução e os Caminhos da Reconstrução. 3ª Edição. Revista e Ampliada. Editora LTr Ltda, 2017, p. 34).

Desta feita, tem-se fatores que impactaram de modo a justificar a tese do fim do trabalho e do emprego no capitalismo, como por exemplo, o complexo significativo

de inovações ou alterações tecnológicas ocorridas ou acentuadas nas últimas décadas, como por exemplo a revolução tecnológica, que gerou a extinção de algumas funções e profissões, sobretudo, de caráter manual, a par de outras de natureza intelectual terem sido afetadas.

Nesse contexto, houve uma reestruturação empresarial, que trouxe consequências, como mudanças que se verificam no próprio processo de organização das entidades empresariais e no sistema de produção.

Deu-se uma acentuação da concorrência capitalista (globalização), por meio da sedimentação da hegemonia liberal recente, a elaboração de reflexões a partir do parâmetro tecnológico, organizacional e mercadológico, a propagação da ideia de que a terceira revolução tecnológica teria sido tão intensa e inovadora que comprometeu a necessidade do trabalho e do emprego pelo sistema capitalista, que a produção em massas seria um despréstígio à maior qualificação e multifuncionalidade do trabalhador em detrimento do império do trabalho desqualificado e segmentado da fase precedente e que a globalização dos mercados e a intensificação da concorrência, o fim das fronteiras entre Estados e economias, tudo teria tornado obsoleto qualquer tentativa de restrição ao franco uso da força de trabalho pelos agentes econômicos, uma vez que tais restrições viriam prejudicar ou inviabilizar a mais ágil e eficiente inserção das economias nacionais ou regionais no cenário mundial.

As normativas trabalhistas sofreram alterações que também trouxeram consequências, como políticas públicas gestadas nacionalmente, dirigidas a acentuar a reestruturação do antigo sistema trabalhista, em busca de um modelo desregulado de mercado de trabalho, exacerbação dos efeitos deletérios sobre o trabalho e o emprego inerentes a tais fatores estruturais e conjunturais que presidiram sua elaboração, aprofundando a crise de desvalorização do emprego e do trabalho ao invés de reafirmarem seu primado na sociedade capitalista contemporânea.

No Brasil, o modelo de desregulação do mercado de trabalho tem início com o advento do regime militar, em meados dos anos de 1960, e esta permanece e se expande ainda hoje, a exemplo da realização do estratagema de desregulação e flexibilização do mercado de trabalho, que centra-se na contínua resistência à generalização do Direito do Trabalho como padrão de contratação de força de trabalho

em nossa economia e sociedade, resistência histórica, a qual, a propósito, somente começou a ser vencida na evolução brasileira no período de 2003.

As previsões do fim iminente do *welfare state*, não se materializaram e evidências de uma crise contingente, causada por um choque externo, foram mais convincentes.

Honrar a proteção social assegurada diante de uma receita pública que se contraía junto com o nível de atividade, significou déficits e dívidas públicas que agravaram o quadro econômico.

A causa material foi econômica, não social ou política. Contudo, mesmo não tendo sido o agente causador da crise econômica, o estado de bem-estar teria contribuído para acentuar a crise econômica e, ao fazê-lo, provocar sua própria crise financeira.

No entanto, a evidência é que a crise de financiamento não ocorreu porque o gasto social seguiu a trajetória ascendente a despeito da crise econômica.

Como “um problema de larga escala e duradouro”, o problema se resumiria ao custo de um estado de bem-estar, grande e crescente, de modo que a percepção do *welfare state* como um “problema” emergiria com o fim da “sociedade do crescimento”.

Necessário se faz salientar que ainda que as sociedades contemporâneas fossem todas equiparadas à classe média, seria indispensável o bem-estar, de modo que o estado jamais conseguirá retirar por completo esse direito que é um direito social indispensável à manutenção da dignidade humana.

Há que se salientar, ainda, que a economia contemporânea é eivada de vícios que enfraquecem de mercado por ser acometido de desequilíbrio e incompletude de informações, ao passo que corremos o risco de jamais alcançaremos um equilíbrio econômico e social, sendo imprescindível o zelo pelo bem-estar social do trabalhador.

Não obstante, para além de todas as crises que assolam o Brasil, tem-se o problema da corrupção, do uso da política para benefícios próprios, onde os legisladores elaboram leis oriundas do total despreparo e falta de conhecimento, somados ao bel prazer da conveniência, do que lhes convêm, como por exemplo a Lei 13.467/17, que trouxe a Reforma Trabalhista, retirando direitos Constitucionais dos trabalhadores, direitos que foram conquistados sob muitas lutas, e, beneficiando os empresários, estimulando as infringências à dignidade humana e prestigiando o retrocesso das conquistas da classe trabalhadora.

Ainda nesse sentido, a Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019, Lei da liberdade econômica, traz o seguinte estabelecimento:

Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo.

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Ante o exposto e fundamentado acima, resta-nos claro que são inúmeros os aspectos e circunstância, que dificultam a efetividade do bem-estar social alcançar a classe trabalhadora.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse ensaio científico elencou a dificuldade do Estado em garantir o Bem-estar social dos trabalhadores, bem como da sociedade em geral, diante do atual cenário do Direito do trabalho, pelo fato de que, houve um retrocesso dos direitos trabalhistas, o que gera grande instabilidade.

Sendo que o Bem-estar Social começou a ser objetivado lá no século XVIII, quando até mesmo a igreja se manifestou, pelo fato de que os trabalhadores estavam sendo submetidos a condições de trabalho desumanas, com jornadas exaustivas, sem observância de qualquer direito.

Nesse sentido, conclui-se que o atual cenário do direito do trabalho no brasil, impacta de forma direta e abrupta, a garantia do bem-estar social de todo e qualquer cidadão pertencente à classe trabalhadora, sendo indispensável que essa classe una forças cada vez mais e de forma efetiva e polivalente para reaver seus direitos usurpados, bem como para evitar ainda mais retrocessos.

Outrossim, não se pode permitir que os direitos do trabalhador que foram conquistados com tanto esforço e sacrifício durante anos de luta por melhores condições e reconhecimento do trabalho como força motriz da economia e de toda a

sociedade, sejam retirados como se isso fosse cabível, justificável, pois a garantia à classe trabalhadora de ter seus direitos preservados é uma forma precípua de garantia de bem-estar social.

Enfim, imprescindível seria que a legislação trabalhista trouxesse em seus dispositivos, ajustes e adequações às novas relações de trabalho e emprego, haja vista que as mesmas evoluem constantemente, porém sem retirar direitos da classe trabalhadora, o que fere o princípio da dignidade humana e afeta direta e gravemente o estado de bem-estar social dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **O ativismo Judiciário Negativo Investigado em Súmulas Editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.** Revista LTr. Ano 74, março de 2010.

BRASIL. Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019. **Lei da liberdade econômica.** Brasília, 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 04 de jan. de 2019.

_____. Lei 13.467 de 17 de novembro de 2017. **Reforma Trabalhista.** Brasília, 13 de julho de 2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 04 de jan. de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 10. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no Capitalismo Contemporâneo. In. Welfare State – Os grandes Desafios do Estado de Bem-Estar Social.** Organizadores: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. LTr. Editora Ltda., 2019.

_____. **Capitalismo, Trabalho e Emprego – Entre o Paradigma da Destrução e os Caminhos da Reconstrução.** 3^a Edição. Revista e Ampliada. Editora LTr. Ltda., 2017.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem.** 22^a Edição, Revista. Editora Guanabara, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho:** relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPÍTULO 02

CONSTITUCIONALISMO PARA ALÉM DO ESTADO NACIONAL: UMA ABORDAGEM PLURALISTA E O REPENSAR DA DEMOCRACIA

Francine Cansi

Doutora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em Dupla Titulação com o Doctorado (IUACA) Universidade de Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS). Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Pós Graduanda em Gestão e Docência do Ensino Superior. Professora de Graduação e Pós-Graduação

E-mail: francine@ctmadvocacia.com

Ipojucan Demétrius Vecchi

Doutor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Possui graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1993) e mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Advogado e Professor Universitário da Universidade de Passo Fundo.

E-mail: ipojucan@upf.br

Resumo: O presente estudo tem por objetivo abordar as questões concernentes a integração e constitucionalização do sistema político global repensando a democracia. Através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica é possível constatar que sobrepostas à sociedade internacional pluralista segmentada e diferenciada de estados soberanos estão os regimes legais e políticos dos subsistemas globais funcionalmente diferenciados da sociedade mundial, cujas estruturas institucionais, órgãos decisórios e regras vinculantes adquiriram uma impressionante autonomia em relação a seus estados-membros e um ao outro. Esses “regimes” ou “subsistemas”, dos quais, o sistema político global, envolvem-se em novas formas de governança global e criação de leis que vão além da soberania dos estados. Novas formas de inter-relações globais transnacionais, infranacionais e supranacionais ainda se apoiam, complementam e reorientam as relações internacionais. Nessa concepção do constitucionalismo para além do Estado, é possível constatar que a Democracia para além do Estado, não tem que ser necessariamente reinventada, mas, certamente, tem de se reorientar.

Palavras - chave: Constitucionalismo; Democracia; Soberania; Transnacionalismo.

Abstract: This study aims to address the issues concerning the integration and constitutionalization of the global political system by rethinking democracy. Through the deductive method and bibliographic research it is possible to see that overlapping with the segmented and differentiated pluralist international society of sovereign states are the legal and political regimes of the functionally differentiated global subsystems of world society, whose institutional structures, decision-making bodies and binding

rules have acquired an impressive autonomy from their member states and each other. These "regimes" or "subsystems", of which the global political system, engage in new forms of global governance and lawmaking that go beyond state sovereignty. New forms of transnational, subnational, and supranational global interrelationships still support, supplement, and reorient international relations. In this conception of constitutionalism beyond the state, it can be seen that democracy beyond the state does not necessarily have to be reinvented, but certainly has to be reoriented.

Keywords: Constitutionalism ; Democracy ; Sovereignty ; Transnationalism.

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo global, enfocando o sistema político global, é um projeto normativo e político necessário à luz do escopo, ativismo e discrição em expansão dos principais da governança global. É também indispensável à legitimidade do poder público comum, crescentemente exercido por essas instituições sobre os indivíduos e não apenas sobre os partidos do Estado¹. Existem abordagens que defendem e as que contestam o discurso do constitucionalismo além do Estado - aceitam a visão de Hans Kelsen de que um sistema legal autônomo maduro de qualidade constitucional deve implicar uma clara hierarquia de normas e ser de caráter monista².

Nesse sentido, ou segue-se a maior integração e constitucionalização do sistema político global, envolvendo o passo para um ordenamento jurídico global monista baseado em princípios cosmopolitas (especialmente direitos humanos), considerados primários e hierarquicamente superiores aos direitos humanos³. Ou se aceita um pluralismo jurídico global desordenado que reconhece a multiplicidade de ordens políticas e jurídicas autônomas, mas renuncia a qualquer tentativa de construir uma ordem, cuja dicotomia está entre constitucionalismo e pluralismo (equivocadamente mapeada na distinção entre monismo e dualismo) e é falaz, pois elimina a alternativa mais interessante: o pluralismo constitucional⁴.

A disputa conceitual gira, em parte, na imagem que se tem da direção em que a globalização está impulsionando os sistemas políticos e as instituições internacionais, na qual se deve evitar o pensamento evolucionário simplista, dicotômico e ingênuo, quando refletimos sobre o que é novo e tentar refinar as ferramentas analíticas da compreensão. Novas formas de inter-relações globais se apoiam o que foi criado antes. Instituições globais transnacionais, infranacionais e supranacionais ainda se sustentam, suplementam e reorientam - em vez de se afastarem completamente - as relações internacionais em que entram e a lei internacional que produzem. Não se pode admitir o abandono dos conceitos (soberania, igualdade soberana, direito internacional e assim por diante). Mas na

¹CASSESE, Sabino. L'erosione dello Stato: uma vicenda irreversibile?. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe (Ed.). Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 15-23.

² CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Coimbra: Almedina, 2015. t. 1.

³ LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego. Barcelona: Ariel, 1976.

⁴ MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição para lá do Estado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 51, n. 1-2, p. 33-46, 2010. p. 33-34.

medida em que implica a autonomia e supremacia de uma ordem legal e a autodeterminação de uma política, a soberania no sentido constitucional / constitutivo final não pode ser dividida ou compartilhada: é irredutível a um conjunto de competências⁵.

Como tal, é melhor ver as prerrogativas cambiantes de estados soberanos por meio do conceito de mudança de regimes de soberania, mais do que através de uma concepção monista de constitucionalismo cosmopolita ou de pressupostos anacronistas soberanos⁶. Uma vez dispensados as dicotomias, a questão da constitucionalização dos regimes funcionais globais (e das políticas regionais não-estatais) pode ser abordada de maneira sutil, e a utilidade do conceito de pluralismo constitucional para ordenar as relações entre as entidades jurídicas e políticas relevantes pode ser vista⁷.

Diante disso, o presente estudo tem por objetivo abordar as questões concernentes a integração e constitucionalização do sistema político global repensando a democracia.

2. CONSTITUIÇÃO / CONSTITUCIONALISMO

O conceito de constituição ou constitucionalismo na distinção kelseniana no sentido material consiste naquelas regras, procedimentais ou substantivas, que regulam a criação de normas legais gerais, estabelecem órgãos e delimitam seus poderes. Uma constituição no sentido formal é um texto escrito que tipicamente só pode ser mudado através de procedimentos especiais cujo propósito é dificultar a mudança dessas normas. A constituição formal serve para salvaguardar as normas que determinam os órgãos e procedimentos da legislação (as principais características da constituição material)⁸.

Consequentemente, a promulgação, alteração e anulação de leis constitucionais são tornadas mais difíceis do que as leis ordinárias. Exigem uma

⁵ ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016.

⁶ ROQUE, Miguel Prata. A dimensão transnacional do direito administrativo. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 24.

⁷ PERNICE, Ingolf. La dimensión global del constitucionalismo multinivel: una respuesta global a los desafíos de la globalización. Madrid: Ceu Ediciones, 2012. p. 11.

⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 34-36.

supermaioria - e um mecanismo processual que torna a constituição formal mais ou menos rígida e concede a suas regras classificação superior como “lei superior” sobre as regras feitas pelos órgãos estabelecidos ou regulados pela constituição. Isso cria uma estrutura dualista que requer algum corpo ou mecanismos capazes de policiar as fronteiras entre a constituição formal e a material, entre os modos de mudança específicos de cada um⁹.

No entanto, como Kelsen apontou, uma constituição formal não é um elemento essencial de toda ordem constitucional. Mas a hierarquia normativa é uma característica central de um sistema legal e, na opinião de Kelsen, a hierarquia culmina na (a supremacia) das próprias normas constitucionais. A cadeia de justificação de validade e autoridade leva de volta à constituição do estado, mais do que um modelo para o governo, os conceitos de uma constituição - e certamente do constitucionalismo - também são carregados hoje com significados normativos¹⁰.

O significado normativo mais mínimo do “constitucionalismo” denota o compromisso de uma comunidade política de ser governado por regras e princípios constitucionais. Um degrau na escada do significado normativo é a ideia de que uma ordem jurídica constitucional é autônoma e, estruturalmente agregada ao sistema político para que o exercício do poder político prossiga por meio dos procedimentos legalmente determinados, que asseguram a autonomia de cada domínio. Como tal, as constituições delimitam e inter-relacionam sistemas políticos de um Estado¹¹.

O constitucionalismo igualmente está associado a significados que permitem avaliar a qualidade de uma ordem constitucional do ponto de vista normativo. As duas perspectivas típicas ideais são as concepções “liberais” e “democráticas / republicanas”, ou o que se chama de constitucionalismo um tanto enganadoramente limitador de poder versus constitucional (fundacional)¹². O constitucionalismo liberal é, portanto, associado à ideia de limitação de poder por meio de mecanismos como a articulação e a proteção de direitos fundamentais, a separação de poderes, freios e contrapesos, e assim por diante. O constitucionalismo liberal também envolve o princípio mais geral de que o governo é limitado e regulado pela lei (e a ideia do estado

⁹ QUEIROZ, Cristina. Direito constitucional internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.31.

¹⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito.6ª ed.Tradução de João Batista Machado.Coimbra : Armênia Armado Editor.1984.p. 30

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martínez Neira. Madri: Editorial Trotta, 2014. p.23.

¹² HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

de direito) e que o exercício do poder público sob a lei é para fins públicos e o bem-estar dos indivíduos que compõem a comunidade¹³.

Uma premissa compartilhada do constitucionalismo liberal e democrático é que os destinatários da política e das regras autoritativas (do Estado) são livres e iguais. É por isso que sujeitar o poder público à disciplina das normas jurídicas - à forma da lei, que alegadamente assegura a generalidade e a imparcialidade - é considerado essencial para a justificação do poder entre aqueles que concebem uns aos outros como consortes livres e iguais perante a lei¹⁴.

O constitucionalismo liberal também estabelece alguns dos poderes que separa, regulamenta processualmente e limita por direitos básicos e, na medida em que requer um estado forte para respaldá-lo, estabelece um governo eficaz. No entanto, o constitucionalismo democrático-republicano é visto como abrangente em um sentido distintivo: envolve um projeto para construir e fundar um sistema inteiramente novo de governo, não apenas para moldar ou limitar contratualmente um sistema preexistente¹⁵. Crucialmente, não reconhece nenhum resíduo de poder público que não esteja sujeito à lei constitucional ou permaneça fora dele. Nesse modelo, todos os poderes governamentais derivam sua autoridade da constituição que é suprema e sua legitimidade da atividade constitutiva - o “poder constituinte” a quem é imputada¹⁶.

Assim, o constitucionalismo democrático não é um contrato entre um governante e um governado; em vez disso, “define uma associação horizontal de cidadãos estabelecendo os direitos fundamentais que os fundadores livres e iguais mutuamente concedem uns aos outros.” No modelo democrático, a adoção de uma constituição envolve uma ação ou uma série de atos atribuíveis àqueles livres e pessoas iguais ou cidadãos - “o povo” (ou seus representantes) - que serão regulados pela constituição. Essa é a versão democrática da ideia de autodeterminação por uma comunidade política de suas formas políticas, legais e constitucionais¹⁷. O constitucionalismo é visto como facilitando o exercício da auto legislação coletiva na medida em que fornece os procedimentos necessários para identificar o soberano

¹³ ROQUE, Miguel Prata. A dimensão transnacional do direito administrativo. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 24-25.

¹⁴ QUEIROZ, Cristina. Direito constitucional internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.32.

¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p.23-24.

¹⁶ ROQUE, Miguel Prata. A dimensão transnacional do direito administrativo. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 26.

¹⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 10.

popular (o demos como eleitorado), para selecionar seus representantes, tomados em conjunto, o constitucionalismo liberal-democrático¹⁸ como um construto normativo implica o ideal de autogoverno coletivo limitado sob a lei.

3. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PLURALISMO INTERNO E EXTERNO

Constitucionalistas globais compartilham de algumas suposições fundamentais. A primeira é que a autonomia e a qualidade constitucional do sistema legal global significam o fim da soberania. Numa interpretação proeminente, o princípio da igualdade soberana enunciado na Carta das Nações Unidas e, não é de modo algum um princípio de soberania. A mudança gramatical de substantivo para adjetivo no termo que aparece na Carta, "igualdade soberana", expressa essa transformação em ser o poder supremo de um Estado, existente à parte e antes do direito internacional, ou como indicativo da autonomia auto referencial e da supremacia do ordenamento jurídico constitucional doméstico, a "soberania" é agora vista como um conjunto de direitos e de um direito legal, status atribuído condicionalmente pelo direito internacional público positivo aos estados¹⁹.

A segunda suposição compartilhada é que agora existe uma comunidade internacional de estados e indivíduos, embora os constitucionalistas globais sejam diferentes quanto à sua estrutura institucional. Segundo a versão que centra a constituição global no sistema da referida Carta, o novo princípio da igualdade soberana, articulado no artigo 2, juntamente com o princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, o respeito pelos direitos humanos (o preâmbulo e o Artigo 1), juntamente com o objetivo de que as Nações Unidas sejam um centro para harmonizar as ações das nações para atingir estes fins comuns, tudo implica e ajuda a "Conteúdo em vez de interesse próprio nacional (estado): daí a mudança do conceito de "sociedade internacional "para" comunidade internacional²⁰.

Nessa leitura, a Carta não é apenas suprema sobre o direito internacional dos tratados e o direito constitucional nacional, pelo Artigo 103; a hierarquia normativa também é obtida dentro do subsistema político global em relação aos estados, assim

¹⁸ FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução de Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p.24.

¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁰ ALÁEZ, Benito Corral. Soberanía constitucional e integración europea. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional (versión electrónica), n. 1, 1998. P.

como a unidade, universalidade e supremacia da ordem jurídica constitucional global e a existência de remédios globais (com tribunais supranacionais e domésticos agindo para impor a lei global) ²¹.

De fato, o terceiro pressuposto comum dos constitucionalistas globais é o monismo. Para uma ordem jurídica ser autônoma e de qualidade constitucional, nessa visão, não é suficiente que seja suprema. As ordens jurídicas subordinadas devem pertencer ao mesmo sistema legal: a supremacia e a hierarquia exigem unidade. Assim, os estados (seus tribunais, executivos e até mesmo legislaturas) são interpretados como órgãos da sociedade mundial politicamente constituída e seu sistema jurídico constitucionalizado. Esta ordem legal lhes concede uma ampla gama de autonomia, embora as intrusões na jurisdição interna não sejam triviais. O ponto é que, nessa leitura, seus sistemas internos legais, em última análise, têm sua condição de validade não em si mesma, mas na ordem jurídica internacional, superior, suprema e autônoma²².

Essa abordagem parece satisfazer todos os significados da constituição e constitucionalismo descritos acima. Estritamente falando, as regras da comunidade internacional vinculam os estados como membros de uma ordem legal cuja validade é inerente à própria Carta. A suprema ordem constitucional internacional decide a competência e jurisdição das ordens jurídicas domésticas. Diferentemente da Liga das Nações anterior, não há previsão para a saída das Nações Unidas e cada estado (membro ou não) está sujeito especialmente às resoluções vinculantes do Conselho de Segurança como “lei superior” que supera outras obrigações do tratado e leis domésticas, e procedimentos que estabelecem órgãos e articulam seus poderes, incluindo regras primárias e secundárias²³.

Como uma constituição formal, a Carta é um documento escrito que só pode ser mudado através do procedimento de emenda estipulado que exige uma maioria de dois terços dos membros da Assembleia Geral incluindo todos os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança (ratificado de acordo com os respectivos processos constitucionais internos dos Estados membros). A exigência de supermaioria por emenda estabelece seu caráter formal, sua relativa rigidez e seu

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional.* Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 11, 1995. p. 21.

²² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa.* São Paulo: Saraiva, 2017.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional.* Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 11, 1995. p. 21.

grau superior em relação às regras que seus órgãos fazem. Por implicação, as unidades constituintes - estados - são legalmente subordinadas à sua nova criação: suas regras se aplicam a elas, independentemente de seu consentimento individual contínuo²⁴.

Mesmo aqueles que insistem em seu status constitucional garantem que as dimensões constitucionais ainda são deficientes. Essa justificação encontra respaldo quando a afirmativa refere que não há nenhum órgão (especialmente nenhum tribunal) capaz de policiar a constituição formal ou impor a constituição material. Tampouco existe uma adequada separação interna de poderes ou um conjunto de contrapesos: não existe um sistema compulsório de solução de controvérsias nem um mecanismo para estabelecer a responsabilidade de nenhum órgão²⁵.

Nenhum tribunal tem jurisdição para avaliar ou assegurar que os poderes globais estabelecidos no sistema da Carta da ONU não atuem de maneira que contrariem os objetivos ou ultrapassem as competências estabelecidas. Nem existe um tribunal de direitos humanos com jurisdição obrigatória capaz de proteger os valores cosmopolitas básicos do sistema. Embora a igualdade soberana dos estados esteja listada como um dos seus princípios centrais, o que realmente estabelece internamente é uma hierarquia legalizada que privilegia as cinco grandes potências - os vencedores ou aliados na Segunda Guerra Mundial²⁶.

Mas o maior impedimento para a leitura constitucionalista são suas deficiências com respeito até mesmo a mínima dimensão normativa. Constitucionalismo significa, no mínimo, que os poderes e órgãos de governo estabelecidos em uma ordem jurídica constitucionalizada que são regulados e limitados por ele. Não pode haver espaço para os detentores de poder público autoritário constituído por uma ordem constitucionalista de alguma forma ainda estar fora dele²⁷.

A distinção entre o “constitucional interno” e o “pluralismo jurídico externo” a reflexão sobre a base de legitimidade da prática jurídica e política do pluralismo constitucional. O pluralismo constitucional interno refere-se a uma pluralidade de

²⁴ AFONSO, Henrique Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015. p. 519.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Reiventar la democracia, reiventar el estado. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p.16.

²⁶ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. P. 55.

²⁷ AFONSO, Henrique Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015. P. 519.

ordens constitucionais e fontes internas a uma ordem legal abrangente sem uma relação hierárquica entre elas²⁸. Envolve a coexistência de várias comunidades políticas dentro de uma comunidade política particular de comunidades, cada uma com sua própria ordem legal de qualidade constitucional²⁹.

A União Europeia (EU) é o principal exemplo de pluralismo constitucional interno. Suas múltiplas ordens constitucionais autônomas, os locais de criação de normas e o poder coexistem dentro de uma ordem abrangente de ordens, que são mutuamente reconhecidos e ainda são organizados de uma maneira “heterárquica” e horizontal, e não hierárquica e vertical³⁰. O pluralismo jurídico interno envolve, portanto, uma multiplicidade de fontes constitucionais cuja inter-relação não pode ser analisada em termos monistas ou dualistas. A legislação tem efeito direto, portanto, não é dualista; é supremo, mas condicionalmente, e os tribunais de cada ordem jurídica autônoma citam e dialogam um com o outro: isso não é monismo hierárquico^{31;32}.

A coordenação entre as ordens jurídicas distintas processa-se através do diálogo e da acomodação mútua: o direito tem uma autoridade normativa “negociada”, embora vinculativa, por vezes contestada, ainda que suprema, envolve, portanto, uma pluralidade de fontes constitucionais cuja inter-relação não pode ser analisada em termos monistas ou dualistas. A legislação tem efeito direto, portanto, não é dualista; é supremo, mas condicionalmente, e os tribunais de cada ordem jurídica autônoma citam e dialogam um com o outro: isso não é monismo hierárquico³³.

Certamente, faz parte da dinâmica do pluralismo constitucional interno que cada ordem jurídica constitucional se veja como autônoma e suprema. Da perspectiva jurídica / normativa interna da ordem constitucional de cada Estado membro, a razão pela qual as regras são diretamente efetivas, executada e suprema é, em última

²⁸ MADURO, Miguel Poires. Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism”, in CORREIA, FERNANDO/MACHADO, JÓNATAS/ LOUREIRO, JOÃO (coords.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012. p. 335.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 11, 1995. p. 24.

³⁰ ALÁEZ, Benito Corral. Soberanía constitucional e integración europea. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional (versión electrónica), n. 1, 1998. P.

³¹ PERÉZ CALVO, Alberto. Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la europa comunitaria. Revista de Estudios Políticos. Madrid, n. 99, 1998. p. 9-10.

³² BALIBAR, Etienne. Nous, citoyens d’Europe? Les frontières, l’État, le peuple. Paris: Éditions La Découverte, 2001. p. 5-6.

³³ AFONSO, Henrique Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015. P. 520.

análise, que a ordem constitucional do Estado membro aceitou sua capacidade normativa e sua supremacia. as condições apropriadas³⁴.

Do ponto de vista da ordem jurídica constitucional autónoma as suas próprias regras são supremas no seu domínio relevante e é por essa razão que são diretamente vinculativas e eficazes nos tribunais nacionais. A perspectiva interna de cada um é necessariamente "monista". Mas do ponto de vista sociológico ou teórico externo, estes estão inter-relacionados se ordens constitucionais distintas em uma relação não-hierárquica dinâmica entre si³⁵.

A reflexividade por parte dos participantes permite uma relação dinâmica, não hierárquica, embora não desordenada, entre as ordens jurídicas informadas por uma ética da responsabilidade política e da tolerância constitucional. Em tal contexto - onde o pluralismo constitucional é interno a uma ordem legal apoiada por sua própria comunidade política - os tribunais concorrentes dentro dessa comunidade se veem vinculados tanto por sua ordem jurídica particular quanto pela ordem jurídica mais ampla na qual eles também estão situados³⁶.

O dever de um tribunal interno dentro de uma política transnacional é enquadrar argumentos que contestem uma lei ou decisão em termos gerais, invocando normas substantivas que também são consideradas aplicáveis no nível geral, mesmo quando se refere à autonomia de sua própria ordem jurídica. As relações jurídicas baseiam-se em uma legitimidade política subjacente, não apenas na cooperação e coordenação interjudicial³⁷.

É claro que essa abordagem - e a própria ideia de tolerância constitucional ou pluralismo constitucional interno - se baseia em uma cultura de fundo de acomodação e compromisso mútuos. Mas é importante ver que essa conquista política se baseia em uma realidade política: a adesão e o compromisso com uma comunidade política ou política distinta e abrangente. A forma política distintiva é um desdobramento do conceito de lei internacional de uma “ordem municipal” de dimensões transnacionais

³⁴ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. P. 64.

³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Reiventar la democracia, reiventar el estado. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p.20.

³⁶TOURAIN, Alain. O que é a democracia? Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 54.

³⁷ CARVALHO, Nathalie de Paula; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Do neoliberalismo ao neossocialismo: a experiência do Peru. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HISSA, Carolina Soares (Org.). O escopo do Estado e das instituições nos países da América do Sul e a inserção na economia global. Fortaleza: Premius, 2010. p. 159-174.

é certamente mais evocativo do conceito de federação de estados do que de uma organização de tratado internacional³⁸.

Para estes propósitos, porém, vale a pena enfatizar dois pontos: primeiro, o que possibilita a postura e a prática do pluralismo constitucional interno é que o caráter não-estatal, quase federativo da UE (por mais complexo e híbrido que seja sua institucional e aspectos comportamentais são) torna o interno externo: as relações entre os estados membros da UE no que diz respeito ao direito da UE, instituições e políticas públicas são compreensíveis não como internacional, mas como relações internas³⁹. Os tratados que constituem têm uma qualidade constitucional e constituem hoje uma ordem jurídica e política autónoma, integrada nas ordens jurídicas nacionais e associada a um projeto político de formação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa.

Mas isso não significa a comunidade política que subjaz à comunidade jurídica da internacionalidade constitucional, seja uma manifestação supranacional composta direta ou exclusivamente de indivíduos. Em vez disso, significa que a comunidade política é composta de múltiplas comunidades políticas, ou múltiplas demos. Entendendo-se membros de uma união legal e política abrangente de estados e envolvida em um projeto comum em direção a uma união cada vez mais próxima, além da exigência de que todos os Estados membros sejam democracias constitucionais, institui o contexto político autodeterminante em que o pluralismo constitucional interno é possível e produtivo, em vez de desintegrados⁴⁰.

Mas a mesma postura é inadequada em um contexto do pluralismo externo característico do sistema político global. Há uma crescente juridificação do sistema político internacional e o surgimento de uma nova camada de uma nova forma de lei: a chamada lei da humanidade que reúne o direito humanitário, a guerra e os direitos humanos voltados para pessoas e povos, e não soberania e estados⁴¹.

No entanto, e apesar do aumento da comunicação e coordenação entre os atores judiciais em proliferação e as ordens jurídicas no cenário mundial, não há ordem de ordens apoiada pelo compromisso com uma nova comunidade política, há

³⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar la democracia, reinventar el estado*. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p. 22.

³⁹ PERÉZ CALVO, Alberto. *Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la europa comunitaria*. Revista de Estudios Políticos. Madrid, n. 99, 1998. p. 20-22.

⁴⁰ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁴¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

pouca legitimidade democrática subjacente ao sistema legal internacional, e certamente não há condicionalidade democrática para a adesão⁴².

O direito internacional dos direitos humanos carece de eficácia e não tem a mesma função que a proteção dos direitos fundamentais nacionais. Em tal contexto, os tribunais constitucionais estão vinculados à ordem jurídica particular da comunidade política que delegou diretamente competência para revisão constitucional e da qual derivam sua legitimidade. É claro que, num mundo cada vez mais interdependente, diferentes ordens jurídicas terão que se esforçar para acomodar as reivindicações jurisdicionais e a coordenação judicial entre os tribunais nacionais e supranacionais existentes podem ser reforçadores de direitos e democracia⁴³.

Os tribunais constitucionais estão vinculados à ordem jurídica específica da comunidade política que delegou diretamente a competência para a revisão constitucional e da qual obtêm sua legitimidade. Obviamente, o objetivo não é minar o sistema legal internacional, mas promover sua constitucionalização adicional à luz de seus próprios princípios universalistas⁴⁴.

O ponto estratégico do julgamento é que um jogo cooperativo, dialógico e de soma positivo mutuamente benéfico entre ordens domésticas, regionais e internacionais poderia (apenas) se tornar possível com a maior constitucionalização do sistema legal internacional - mas isso teria que significar criação de novas instituições apropriadas e redesenho das já existentes dentro do sistema⁴⁵.

4. DEMOCRACIA PARA ALÉM DO ESTADO

A teoria democrática e oposições binárias entre o público e o privado, o doméstico e o internacional têm sido centrais em controvérsias sobre os limites apropriados ao projeto democrático.

A crescente literatura sobre a democracia transnacional tem que ser colocada no contexto de vários desenvolvimentos contemporâneos: uma intensificação da

⁴² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴³ SANTOS, Boaventura de Souza. Reiventar la democracia, reiventar el estado. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999. p. 23-24.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reiventar la democracia, reiventar el estado. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999.

⁴⁴ TOURAIN, Alain. O que é a democracia? Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 71.

⁴⁵ CARVALHO, Nathalie de Paula; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Do neoliberalismo ao neossocialismo: a experiência do Peru. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HISSA, Carolina Soares (Org.). O escopo do Estado e das instituições nos países da América do Sul e a inserção na economia global. Fortaleza: Premius, 2010. p. 159-174.

globalização, a Terceira Onda da democratização global e o surgimento de movimentos sociais transnacionais. Estes desenvolvimentos inter-relacionados - cujo significado é contestado - estimularam a reflexão sobre as condições e possibilidades de uma democracia efetiva.

A globalização econômica, exacerbou a tensão entre a democracia, como um sistema de domínio enraizado na territorialidade, e a operação de mercados globais e redes transnacionais de poder corporativo.

Este repensar da democracia também tem sido encorajado pela difusão da democracia liberal como sistema de governo político. Em comparação com o século XVIII, a democracia - e a democracia representativa liberal - emergiu como o sistema dominante do governo nacional em todo o mundo - pelo menos em um sentido formal (46).

Deixando de lado o triunfalismo equivocado de Fukuyama, quaisquer que sejam as causas dessa, a democracia tornou-se um padrão político quase universal. É claro que, para muitas novas democracias, a aspiração e a retórica política excede em muito a realização de uma democracia eficaz.

Há, pois, desafios a serem confrontados pela sociedade contemporânea, superações que devem ser percebidas, sob o escudo de se ampliarem pelas desigualdades sociais, maiormente nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, distinções essas que, alcançando patamares superiores, podem colocar em inconsideração as conquistas históricas do Constitucionalismo e da Democracia (47).

Num mundo em que mesmo os governos mais poderosos parecem impotentes quando confrontados com as oscilações dos mercados globais ou com as atividades das corporações transnacionais, a eficácia da democracia nacional é questionada.

De acordo com Cruz (48) a soberania nacional, na atualidade continua debatendo-se para conciliar-se com um fato inegável: “que as comunidades políticas – os Estados – fazem parte de uma sociedade internacional, que é regida por normas próprias e, que Estado Soberano encontra-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas junto com os demais Estados”.

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. Reiventar la democracia, reiventar el estado. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999

⁴⁷ SILVA, Carlos Roberto da; SILVA, Jéssica Caroline da. Constituição, economia e desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 267-288, 2013.

⁴⁸ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do direito constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2002.p.49.

Além disso, ao procurar promover ou regular as forças da globalização, por meio de mecanismos de governança global e regional, os Estados criaram novas camadas de autoridade política que têm credenciais democráticas fracas e mantêm uma relação inequívoca com os sistemas existentes de responsabilidade nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da perspectiva do constitucionalismo, a constitucionalização do subsistema político global teria que envolver a criação de um tribunal (s) global (is) com jurisdição para revisar resoluções violadoras de direitos que tenham caráter legislativo e afetem diretamente os indivíduos - possivelmente por meio de algum tipo de procedimento de referência preliminar. Tal transformação constitucionalista, se ocorresse poderia ser entendida na tradição fundacionalista republicana como um ato de autodeterminação política, atribuível a “nós, os povos” dos estados.

Mas as dimensões desse modelo relevantes em nível global não são a ideia de fundação revolucionária, ou o exercício do “poder constituinte”, ou a vontade de uma cidadania global unida e individualizada (*um demos mundial*), ou como o estabelecimento de uma plena congruência entre os sujeitos e os autores do direito global.

O sistema político global reconstituído, embora ainda funcionalmente delimitado e sua principal instituição de governança global, não se tornaria, assim, uma política monista. O dualismo entre a sociedade internacional de estados e a sociedade mundial funcionalmente diferenciada ainda estaria refletido no sistema da constitucionalização e sua relação com as constituições dos Estados e teriam que ser entendidas em termos constitucionais, pluralistas e não monistas.

A ideia básica, então, é reconhecer que ordens jurídicas autônomas de qualidade constitucional podem existir no sistema político global - de estados soberanos e do sistema político global e instituições de governança global dentro dela - e que as reivindicações de autonomia, supremacia, e a qualidade constitucional pode coexistir com as reivindicações contínuas dos estados.

A cooperação mútua e o diálogo entre ordens legais, receptores adequados para influenciar os direitos humanos e outras preocupações, e uma ética jurídico-política de responsabilidade devem informar os esforços para lidar com reivindicações

concorrentes e cooperativamente desenvolver o caráter constitucional de todas as ordens legais.

Nessa concepção do constitucionalismo para além do Estado, é possível constatar que a Democracia não tem que ser necessariamente reinventada, mas, certamente, tem de se reorientar. Repensando a via da democracia, é possível constatar que mesmo que a democracia transnacional ainda seja uma proposta sem a capacidade de aplicação plena, esta nova realidade deve pautar a evolução da democracia. Repensar a democracia, conecta-se com a intenção de captar e centrar os novos problemas de uma história que virou uma página e que volta a começar.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil; CASTRO, Thales Cavalcanti. Constitucionalismo além do estado: perspectivas históricas e demandas emancipatórias. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, n. 2, p. 519-546, 2015.

ALÁEZ, Benito Corral. **Soberanía constitucional e integración europea**. Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e história constitucional (versión electrónica), n. 1, 1998.

BALIBAR, Etienne. **Nous, citoyens d'Europe?** Les frontières, l'État, le peuple. Paris: Éditions La Découverte, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço: Direito Constitucional Internacional. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 11, 1995.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Nathalie de Paula; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Do neoliberalismo ao neossocialismo: a experiência do Peru. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HISSA, Carolina Soares (Org.). **O escopo do Estado e das instituições nos países da América do Sul e a inserção na economia global**. Fortaleza: Premius, 2010. p. 159-174.

CASSESE, Sabino. L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe (Ed.). **Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione**. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do direito constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. **Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Traducción de Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego. Barcelona: Ariel, 1976.

MADURO, Miguel Poires. **Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism**”, in CORREIA, FERNANDO/MACHADO, JÓNATAS/ LOUREIRO, JOÃO (coords.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Democracia e constituição para lá do estado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 51, n. 1-2, p. 33-46, 2010.

PERÉZ CALVO, Alberto. **Las transformaciones estructurales del Estado-Nación en la europa comunitaria**. Revista de Estudios Políticos. Madrid, n. 99, 1998.

PERNICE, Ingolf. **La dimensión global del constitucionalismo multinivel**: una respuesta global a los desafíos de la globalización. Madrid: Ceu Ediciones, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar la democracia, reinventar el estado**. Madrid: Ediciones Sequitur, 1999.

SILVA, Carlos Roberto da; SILVA, Jéssica Caroline da. Constituição, economia e desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 267-288, 2013

TOURAIN, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

CAPÍTULO 03

DIREITOS HUMANOS À LUZ DE ÉXODO 3, 7-9

Luciano José Dias

Mestre em teologia bíblica pela PUC-SP. Bacharel em teologia pela faculdade Metodista de São Paulo – pós graduado em práticas pedagógicas de ensino religioso e em cultura judaico-cristã, história e teologia – Lato Sensu - pelo Centro Cristão de Estudos Judaicos (CCDEJ) em parceria com o centro universitário Assunção e membro do Grupo de Pesquisa

E-mail: lucianojdias@gmail.com

Resumo: Muito se escuta nos dias atuais sobre Direitos Humanos, alguns, talvez, movidos por uma incompreensão profunda da temática, se intitulam contrários, outros, defensores; independentemente da posição em que nos encontremos, é importante observarmos que direitos humanos são aqueles fundamentais para toda a vida humana. Esses, são defendidos muitas vezes na Sagrada Escritura, apresentando-nos, um importante meio de reflexão a partir da fé judaico-cristã. Tendo em vista que, vivemos numa sociedade majoritariamente cristã, parece oportuno olharmos para o tema a partir desta ótica. Nesse capítulo, apresentamos de uma forma simples alguns momentos, no qual a Bíblia nos mostra a ação de Deus tomando o partido daqueles que tem seus direitos violados e clamam por justiça. A busca da justiça, é um tema sempre presente nas Sagradas Escrituras, assim como na vida de todos aqueles que se encontram injustiçados em qualquer que seja sua cultura. A conquista que foi a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, leva-nos a olhar o passado percebendo como é possível mudar o futuro, através de práticas de solidariedade e justiça realizadas em nosso presente.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Sagrada Escritura; Magistério; Justiça.

1. INTRODUÇÃO

De longa data, os Direitos Humanos têm destaque nos desdobramentos da História. Mas eles alcançaram um papel de grandeza ainda maior, nos dias de hoje. Um dos fatores da primazia dos Direitos Humanos resultou da apropriação dessa bandeira por todos os oprimidos da Terra. Basta ler os jornais ou acompanhar as lutas populares para constatar isto. Pessoas, grupos, classes, nações, minorias de toda ordem, espalhados pelos mais diversos rincões da Terra, invocam os “Direitos Humanos” na sua luta cotidiana (HERKENHOFF, J.B. 2002, p.10).

Os Direitos Humanos tornam-se mais respeitáveis na medida em que não resultam do capricho ou dilettantismo de alguns militantes.

A ideia de Direitos Humanos também ganha maior força quando concluímos que eles não resultam de uma imposição imperialista. Muito pelo contrário, os Direitos Humanos constituem traço cultural amplo dentro da Civilização Universal.

2. MAS O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

Por direitos humanos ou direito do homem, são modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concepção da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

O conceito de direitos humanos não é absolutamente unânime nas diversas culturas. Contudo, no seu núcleo central, a ideia alcança uma real universalidade no mundo contemporâneo (HERKENHOFF, J.B. 2002, p.20).

Gustavo Gutiérrez, teólogo latino-americano, num dos seus livros mais famosos, busca nas fontes mais profundas da ascese cristã as trilhas que podem conduzir à libertação do povo. Argumenta que é no poço da espiritualidade legada pela tradição judaico-cristã que a Teologia da Libertação encontra suas justificações doutrinárias (GUTIÉRREZ, 1985).

Ao falarmos de Direitos Humanos, não poderíamos deixar de citar as Sagradas Escrituras, local no qual, vemos a escolha de Deus, em caminhar com seu povo, libertando-o da escravidão.

3. OS DIREITOS HUMANOS NA SAGRADA ESCRITURA

O judaísmo funda-se na Bíblia Hebraica que é dividida em três partes: Torá, que é integrada pelos cinco primeiros livros (o Pentateuco); Profetas e Escritos.

Os grandes valores que inspiram os “Direitos Humanos” têm explícito acolhimento na Bíblia: o grito de Justiça, principalmente dos fracos (Amós, Miquéias); a igualdade entre as pessoas, o acolhimento ao estrangeiro, o direito de asilo, o repouso semanal, o direito de todo homem ao alimento superpondo-se ao direito de propriedade privada, a proteção dos instrumentos de trabalho em face do penhor, a sacralidade do salário, a volta da propriedade ao antigo dono (Deuteronômio); a solidariedade para com o órfão e a viúva (Deuteronômio, Provérbios); a proibição da cobrança de juros, a condenação da usura (Êxodo, Neemias); a identidade de origem de todos os homens, o homem como imagem de Deus (Gênesis, Salmos); a maldição contra os que açambarcam bens e se tornam sozinhos proprietários de uma região inteira, o anúncio da libertação para os prisioneiros (Isaías); a fraternidade (Levíticos, Provérbios); a paz (Miquéias); a solidariedade universal (Salmos) (HIRSCH. 1984).

No texto do Livro do Êxodo (Ex 3,7-9), que segue abaixo, vemos como a história bíblica tem sido frequentemente descrita como uma história de salvação.

7 O Senhor lhe disse: “Eu vi a opressão de meu povo no Egito, ouvi o grito de aflição diante dos opressores e tomei conhecimento de seus sofrimentos.

8 Desci para libertá-los das mãos dos egípcios e fazê-los sair desse país para uma terra boa e espaçosa, terra onde corre leite e mel: para a região dos cananeus e dos heteus, dos amorreus e dos fereseus, dos heveus e dos jebuseus.

9 O grito de aflição dos israelitas chegou até mim. Eu vi a opressão que os egípcios fazem pesar sobre eles. (Bíblia CNBB).

4. O VALOR “LIBERDADE”

A Liberdade está bastante presente na tradição das Escrituras Sagradas – quer no Antigo Testamento, reconhecido como Palavra revelada de Deus pelo Judaísmo e pelo Cristianismo – quer no Novo Testamento, livro sagrado para os cristãos. O Valor “Liberdade” tem um longo e profundo enraizamento na cultura humana, falar de libertação não é falar simplesmente de independência. A Libertação de Israel reside na mudança do amo e da forma de servir (LÓPEZ, F.G. 2009, p. 45).

Êxodo nos relata um forte anseio de toda sociedade humana: a conquista da liberdade e de sua identidade sociopolítica (Ex 2,23). Israel não é o primeiro nem o último povo que vivenciou este esforço ou realizou este caminho (LÓPEZ, F.G. 2009, p. 44). Êxodo não conta a história de um grupo de elite, nem de um super-homem. O que torna mais simples a identificação dos mais diversos grupos com a história deste povo é sua condição humilde, a profunda humanidade de seus líderes, a vulnerabilidade de Moisés (Ex 3,1;4,10). Ver o povo no deserto, tão rapidamente entusiasmado com o ideal de liberdade quanto desanimado ou nostálgico, rebelde ou hostil à própria liberdade, é o que faz com que, de algum modo, todo grupo ou povo que venha a ler suas páginas encontre a si mesmo refletido nelas (Ex 15,1-27;17,1-13).

O que aconteceu aos agrupados em torno de Moisés durante o êxodo histórico, não só os modificou, como também foi transmitido por eles como um tipo de fermento que penetrou e formou mais tarde outras pessoas e grupos em Israel e até hoje. Esta experiência, de que aqui existe Deus, de que está ao lado dos oprimidos e sofredores, tornou-se para Israel do Antigo Testamento uma memória que tinha o poder de suscitar nos miseráveis e desesperados sempre nova coragem e esperança. Em muitas narrativas e reflexões teológicas os devotos do Antigo Testamento tentaram manter viva esta experiência inicial, fundamento de esperança, do “Deus da Liberdade” (ZENGER. 1989, p. 98).

O Deus bíblico é tão vivo que não quer viver em si e para si, mas quer que os homens participem dessa vida. E por isso ele não aceita que seres humanos sejam destruídos na sua identidade e na sua sede de vida por outros homens ou potencias. Ele não aceita que se vede aos homens a liberdade do autodesenvolvimento e da vida de responsabilidades próprias. Deus preocupa-se não só de passagem, mas fundamentalmente com a liberdade dos homens; é isto o que o Israel do Antigo Testamento gravou no nome de Deus “YHWH”. Este “YHWH” existe, de certa forma, só porque e quando ele proporciona liberdade verdadeira aos homens (ZENGER. 1989, p. 90).

Esse Deus do êxodo, está aqui e quer estar aqui do mais profundo do seu ser, ele está aqui como aquele que liberta e quer e pode levar da morte para a vida. Confessar este YHWH como centro e medida da vida exige ao mesmo tempo fazê-lo acreditável aos outros como doador de vida e liberdade, dando aos outros coragem e

possibilidade de viver. YHWH é um Deus profundamente vivo e vivificante e quer ser experimentado como tal nos acontecimentos da vida. Por isso ele se revela sobretudo onde pessoas se deixam chamar para fora de todas as formas de morte e servidão (desespero, indiferença, discriminação social, culpa) e onde pessoas se deixam induzir a confiar nele, a se tornarem mediadores da vida e da liberdade – e nisso encontram o Deus vivo. O Deus libertador liberta para doarmos vida e liberdade aos outros. YHWH libertou Israel da opressão do faraó para que Israel seja livre para o serviço da liberdade (ZENGER. 1989, p. 100).

O profeta Isaías assim descreveu sua missão: “O Senhor enviou-me a proclamar libertação aos cativos, e a pôr em liberdade os algemados”.⁴⁹

O “Eclesiástico” coloca a liberdade como faculdade concedida ao homem por Deus: “Desde o princípio, Deus criou o homem e o entregou ao poder de suas próprias decisões. Se você quiser, observará os mandamentos, e sua fidelidade vai depender da boa vontade que você mesmo tiver. Ele pôs você diante do fogo e da água, e você poderá estender a mão para aquilo que quiser”.⁵⁰

No Novo Testamento, o Apóstolo Paulo canta a liberdade, neste trecho de sua Carta aos Gálatas: “Cristo nos libertou para que sejamos verdadeiramente livres. Portanto, fiquem firmes e não se submetam de novo ao julgo da escravidão”.⁵¹

Na perspectiva de Paulo, como observam Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin, a liberdade consiste em eximir-se o homem de um minucioso código de regras e leis que o conservam numa atitude infantil em face da vida adulta e consciente, graças ao uso responsável que faz da liberdade.

Os mesmos autores citados notam que, na tradição bíblica, a liberdade é o maior dom de Deus porque, por meio dela, as pessoas e grupos humanos tornam-se participantes ativos na construção da Sociedade e da História.⁵²

Mas a liberdade deve conduzir à solidariedade entre os seres humanos. Não deve conduzir ao isolamento, à solidão, à competição, ao esmagamento do fraco pelo

⁴⁹ Livro do Profeta Isaías capítulo 61, versículo 1. Apud “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Folheto publicado pela Coordenação Ecumênica de Serviço (CRSE). Salvador, 1973).

⁵⁰ Eclesiástico, capítulo 15, versículo 14 a 16. Apud Bíblia Sagrada – Edição Pastoral. Tradução, introdução e notas de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo, Edições Paulinas, 1990, p. 913.

⁵¹ Carta aos Gálatas, capítulo 5, versículo 1. Apud Bíblia Sagrada, edição citada na nota anterior, tradução e notas de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin.

⁵² Cf. na edição da Bíblia Sagrada, referida na nota anterior, o comentário que aparece na p. 1493 e o verbete “liberdade”, na p. 1619.

forte, ao homem-lobo-do-homem, à ruptura dos elos. Essa ruptura leva tanto à esquizofrenia individual quanto à esquizofrenia social.

Garantir a liberdade dentro de uma sociedade solidária é o desafio que se coloca. Liberdade para todos e não apenas para alguns. Liberdade que sirva aos anseios mais profundos da pessoa humana. De modo algum a liberdade que seja instrumento para qualquer espécie de opressão. A ética nasce do dom da liberdade, e não o inverso (LÓPEZ, F.G. 2009, p. 73).

5. O VALOR “JUSTIÇA”

Os grandes valores que alimentam a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵³ interpenetram-se através dos artigos desse importante documento. O valor ético-jurídico que se chama Justiça está presente em todos os artigos da Declaração e também na Sagrada Escritura.

No Antigo Testamento, disseram os Profetas: “Não oprimas meu irmão” (Lv 25,14). “A justiça seguirás, somente a Justiça, para que vivas” (Dt 16,20). “Não desloque a divisa da terra, nem invada o campo dos órfãos” (Pr 23,10). “Todos os que tramam o mal serão eliminados: os que no tribunal fazem armadilha para o juiz e, por um nada, arruínam o justo” (Is 29,20-21). “Com gestos e palavras, os injustos invocam a morte para si mesmos. Os justos, porém, vivem para sempre, recebem do Senhor a recompensa, e o Altíssimo cuida deles” (Sb 1,16 e 5,15). “Quando se multiplicam as autoridades justas o povo se alegra” (Pr 29,2).⁵⁴

Como observam com justeza Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin, a Justiça, na Bíblia, é eminentemente partidária: defende a causa dos indefesos. Busca realizar o projeto de Deus. Concretiza-se na partilha e na fraternidade. Dirige a sociedade para a solidariedade e a paz. Exige, para todos, a distribuição igualitária dos bens. Impõe que todos possam participar das decisões que regem a vida e a história do povo.

⁵³ Declaração Universal dos Direitos Humanos”, publicado pela Coordenadoria Ecumênica de Serviço (CESE), Salvador, 1973.

⁵⁴ Todas essas citações aparecem aqui, ou como estão na edição na Bíblia Sagrada, já citada, tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin, ou segundo a versão apresentada no folheto “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, também já citado, publicado pela Coordenadoria Ecumênica de Serviço (CESE), Salvador, 1973.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegarmos ao final desta reflexão guiada pela Sagrada Escritura, parece-nos evidente que, Direitos Humanos não é uma problemática exclusiva nossa, ou mesmo, somente pertencente a um grupo restrito de povos e culturas ligados aos dias atuais. Trata-se de uma aspiração tão antiga e atual, quanto é a própria discussão em torno da origem da existência humana. Olhando com afinco para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, percebemos que a maioria dos artigos nela contidos, são uma verdadeira construção da humanidade, agregando em um único documento, uma imensa multiplicidade de culturas. Observando a Sagrada Escritura, com um foco voltado a prática da justiça, encontramos nela, os sinais das gênesis dos Direitos Humanos tão almejado por uns e, até mesmo combatido por outros nas sociedades atuais. Na Sagrada Escritura, encontramos Deus “YHWH”, que por muitas vezes, aparece despertando nos corações da humanidade, os valores universais de tais Direitos. A constatação desta gênese universal dos Direitos Humanos presente mesmo em tempos remotos, na Sagrada Escritura, aponta para o desejo de Deus, de num futuro humano, termos a possibilidade do mútuo respeito entre todos os seres humanos, entre todos os povos e nações. As conquistas, avanços e retrocessos presentes na sociedade atual, demonstra-nos que ainda há muito a percorrermos nessa luta pelos direitos de todos. Ainda assim, o conhecimento e aprofundamento numa leitura da Sagrada Escritura, a partir do pobre, injustiçado e perseguido, pode ser um dos meios de incutir na consciência coletiva cristã, que Deus sempre tomará partido do que sofre e é injustiçado, daquele que não tem o direito de Ser, Ter ou Poder.

REFERÊNCIAS

- CRUSEMANN, Frank. A Torá; teologia e história social da lei do Antigo Testamento. Trad. Haroldo Reimer. 3. ed. Petrópolis: Paulinas, 2000.
- GUTIÉRREZ, Gustavo. Boire à son propre puits, ou l'itinéraire spirituel d'un peuple. Trad. De l'espagnol par E. Brauns. Paris, coll. Apologique, 1985, passim.
- HERKENHOFF, João Batista. Gênesis dos Direitos Humanos. São Paulo: Santuário, 2002.
- HIRSCH, E. Jusiasme et Droits de l'homme. Paris. Librairie des libertés, 1984, passim.
- LÓPEZ, Félix Garcia. O Pentateuco. São Paulo: Paulinas, 2009.
- SHUSSLER FIORENZA, Elizabeth. Caminhos da sabedoria; uma introdução à interpretação bíblica feminista. Trad. Monika Ottermann. São Bernardo do Campo: Nhanduti, 2009.
- SOARES, Paulo Sérgio. Introdução ao estudo das Leis na Bíblia. São Paulo: Paulinas, 2013.
- ZENGER, Erich. O Deus da Bíblia: Estudo sobre os inícios da fé em Deus no Antigo Testamento. São Paulo: Paulinas, 1989.

CAPÍTULO 04

UCs MUNICIPAIS DA MATA ATLÂNTICA NO CONTEXTO URBANO

Luiz Paulo Pinto

Fundação SOS Mata Atlântica

E-mail: luizpaulopinto10@gmail.com

Erika Guimarães

Aretê socioambiental

E-mail: erikasantosguimaraes@gmail.com

Márcia Hirota

Fundação SOS Mata Atlântica

E-mail: marcia@sosma.org.br

Resumo: Este artigo aborda os resultados da avaliação sobre as UCs municipais da Mata Atlântica e ecossistemas associados, com o objetivo de dimensionar essa rede de proteção local ainda pouco conhecida do Sistema Nacional de UCs (snuc). O trabalho envolveu o levantamento das informações básicas sobre as UCs municipais e os desafios e oportunidades para fortalecimento desse importante mecanismo de conservação da biodiversidade. Das 1.031 UCs municipais registradas em 469 municípios do bioma protegendo 4,2 milhões de hectares, 56,5% (407) estão localizadas na malha urbana e periurbana das cidades. A Mata Atlântica é uma região bastante urbanizada, com um enorme contingente populacional demandando recursos naturais, serviços ambientais e espaços para lazer e recreação. A conexão entre as UCs municipais e o planejamento dos centros urbanos é uma abordagem necessária e promissora. O artigo apresenta alguns exemplos dos benefícios das UCs municipais para as cidades e o bem-estar da população, e uma reflexão sobre as necessidades de ações e políticas para o fortalecimento dessa rede de proteção ambiental local.

Palavras-chave: Unidades de Conservação; Mata Atlântica; Biodiversidade; Cidades.

Abstract: This paper addresses the results of an assessment of the municipal protected areas in the Atlantic Forest, with the aim of determining the scale of this local protection network that is still a relatively unknown part of the The Brazilian Protected Area System (known in Portuguese as Sistema Nacional de Unidades de Conservação-snuc). The work involved the study of basic information about the municipal protected areas and the challenges and opportunities to strengthen this important mechanism for the conservation of biodiversity. Of the 720 municipal protected areas (from a registered total of 914) for which we were able to obtain data, in 428 municipalities within the biome, 56.5% (407) are located within the urban or periurban network of their respective municipalities. The Atlantic Forest is an extremely urbanized region, with a very large population that requires natural resources, environmental services and areas for leisure and recreation. The relationship between the municipal protected areas and the planning of urban centers is a necessary and

promising approach. This paper presents some examples of the benefits the municipal protected areas provide for the municipalities and the well-being of the population, as well as reflection on the needs for policies and action to strengthen this local environmental protection network.

1. INTRODUÇÃO

O crescente processo de urbanização na Mata Atlântica, floresta distribuída de norte a sul do leste do Brasil, vem afetando a biodiversidade e os serviços ambientais vitais para 72% da população brasileira que vive nesse bioma (Silva *et al.*, 2020). A difusão espacial das cidades de porte médio foi uma consequência do perfil do desenvolvimento econômico brasileiro e sua urbanização (Stamm *et al.*, 2013). O censo populacional de 2010 apontou que o Brasil já conta com uma taxa elevada de 84,36% de população urbana (Stamm *et al.*, 2013) e os municípios inseridos na Mata Atlântica apresentam um dos maiores índices de urbanização do país, principalmente no sul e sudeste (Barcellos *et al.*, 2009). A rápida expansão urbana e os conflitos gerados por inúmeros interesses socioeconômicos demandados por diferentes setores da sociedade faz com que as UCs municipais, cada vez mais, se tornem componentes importantes e integradores do planejamento e zoneamento das cidades. Nesse sentido, é preciso um novo olhar sobre o processo de urbanização e a incorporação efetiva das UCs e outras áreas verdes nos diferentes mecanismos e instrumentos de planejamento das cidades inseridas como infraestrutura verde municipal, como novo Plano Diretor, a Lei de Uso e Ocupação do Solo e a Lei sobre a Proteção da Vegetação Nativa, também chamada de Novo Código Florestal Brasileiro. Vale ressaltar também que várias regiões metropolitanas e aglomerações urbanas do Brasil estão direta ou indiretamente influenciadas pela Mata Atlântica (Stamm *et al.*, 2013; IBGE, 2015).

A região segue a tendência mundial de forte expansão urbana com ampliação das demandas por recursos naturais e das emissões de gases do efeito estufa, o que torna o planejamento e as políticas públicas para a proteção dos ambientes naturais e os serviços ambientais nas cidades um grande desafio e essencial para proporcionar o bem-estar da população e a sustentabilidade dos municípios. A região segue a tendência mundial de forte expansão urbana com ampliação das demandas por recursos naturais e das emissões de gases do efeito estufa (Seto *et al.*, 2012), o que torna o planejamento e as políticas públicas para a proteção dos ambientes naturais e os serviços ambientais nas cidades um grande desafio e essencial para proporcionar o bem-estar da população e a sustentabilidade dos municípios.

Na Mata Atlântica, o grande desafio é buscar alternativas econômicas em um ambiente bastante antropizado, de maior complexidade e conflitos, ainda tendo como pano de fundo a necessidade de fazer um amplo processo de recuperação dessa floresta (Strassburg *et al.*, 2019). Nesse contexto, é promissor um novo mercado para a cadeia produtiva da restauração florestal, além do fortalecimento de atividades econômicas com grande potencial de crescimento como o turismo e áreas para lazer, recreação e educação para a população, e serviços ambientais relacionados a água, biodiversidade e carbono etc. O desafio de proteger e gerir adequadamente esse imenso território só poderá ser enfrentado com sucesso com o esforço conjunto e organizado dos governos federal, estaduais e municipais, do setor privado e das organizações sociais. A necessidade de ampliar, organizar e integrar as capacidades e os recursos do governo e da sociedade destinados à gestão desse território é a razão maior do Plano Nacional de Áreas Protegidas – PNAP (Decreto nº 5.758, de 13 de abril de 2006).

Vale destacar também que os ecossistemas naturais, especialmente nas regiões tropicais do planeta, são fundamentais para o balanço hídrico e para a disponibilidade de água-doce, e é fácil entender a importância das áreas que protegem ou produzem água de qualidade. Instrumentos legais vêm sendo desenvolvidos e propostos em todos os níveis de governo no Brasil, sobretudo na Mata Atlântica, para regulamentar programas de pagamento por serviços ambientais, que possam remunerar ou compensar os serviços de proteção e salvaguarda de produtos de interesse da sociedade. A crise atual de abastecimento de água para a população e também para garantir a demanda de energia gerada a partir de hidrelétricas no Brasil, deve necessariamente passar pela discussão da situação ambiental e manutenção da rede de UCsque protegem mananciais e ecossistemas aquáticos.

Sob o ponto de vista da gestão, observa-se ainda a deficiência dos órgãos de governo em proporcionar os instrumentos adequados ao manejo e proteção das unidades de conservação. Dentre os principais problemas encontram-se a situação fundiária indefinida de várias unidades, invasões e presença de populações humanas em unidades de proteção integral, falta de pessoal técnico e recursos financeiros, instabilidade política das agências de meio ambiente, além de vários outros. Um grande número de UCs enfrenta também ameaças advindas da expansão urbana e

projetos de infraestrutura, além da caça e incêndios criminosos. Na avaliação de efetividade de gestão de 246 UCs federais, segundo o método RAPPAM, em 2007, 51% apresentaram baixa efetividade de gestão (efetividade menor que 40%), 36% média efetividade (entre 40% a 60%) e 13% alta efetividade (maior que 60%) (IBAMA & WWF-Brasil, 2007).

O gradiente cidade-anel periurbano-zona rural, e os estratos da infraestrutura urbana e natural, são dimensões importantes que afetam as espécies, os fluxos de matérias e energia, e os processos de mudanças a partir da urbanização (Forman, 2014). Nesse contexto, o papel do município no ordenamento territorial é fundamental e evidencia a necessidade de entendimento desse complexo sistema socioambiental envolvendo a interação entre a infraestrutura física urbana (cinza) e a infraestrutura verde, que inclui as UCs e outras áreas verdes como os parques urbanos, praças e corredores lineares e verdes, Áreas de Preservação Permanente. Pelo menos 40% das UCs no mundo estarão distantes, em média, 15 km de alguma cidade até 2030 (MCDONALD *et al.*, 2008; TNC, 2018). Os 103 parques municipais urbanos englobam duas tipologias: os parques urbanos e os parques lineares, estes associados à rede hídrica, configurando-se em uma estratégia de recuperação ambiental de fundos de vales. Essas áreas interagem com 13 UCs municipais no território de São Paulo, que somam mais de mil hectares.

O papel das UCs municipais na proteção da biodiversidade como parte da infraestrutura verde local ainda é pouco conhecido no Brasil, assim como o entendimento da contribuição dessa rede de proteção local para o desenvolvimento sustentável dos municípios e o bem-estar da população. Somente na Mata Atlântica são centenas de UCs municipais distribuídas por pelo menos 428 municípios de norte a sul do bioma (Pinto *et al.*, 2017). São municípios de diferentes portes e contextos, abrangendo um contingente de milhões de pessoas demandando recursos e serviços ambientais. O conhecimento sobre a biodiversidade, UCs municipais e infraestrutura verde em ambientes urbanos e periurbanos têm evoluído consideravelmente a partir da década de 1990, proporcionando informações reveladoras sobre a conexão e integração entre os espaços protegidos, serviços ambientais e desenvolvimento econômico.

O objetivo deste artigo é fazer uma reflexão sobre o cenário das UCs municipais da Mata Atlântica no contexto do ambiente urbano e suas implicações para o desenvolvimento sustentável local.

2. O PERFIL DAS UCs MUNICIPAIS URBANAS E PERIURBANAS NA MATA ATLÂNTICA

Em um amplo estudo sobre as UCs municipais da Mata Atlântica e ecossistemas associados realizado recentemente (Pinto *et al.* 2017), verificou-se que esse mecanismo de proteção está muito mais presente na esfera municipal do que se imaginava. Foram registradas 1.031 UCs municipais, totalizando cerca de 4,2 milhões de hectares (ha). As UCs municipais da Mata Atlântica representam 22,6% da área e 41% do número total de unidades oficialmente reconhecidas para todo o bioma.

Nesse levantamento foram registradas as UCs municipais que estão em conformidade com o Sistema Nacional de UCs (snuc)⁵⁵. A iniciativa levou em consideração também as UCs municipais que possuem proteção oficial e características similares a alguma categoria de manejo oficial, embora ainda não tenham sido adequadas ao snuc. Para essas unidades, buscou-se informações que poderiam subsidiar a decisão de incluí-las ou não nas análises realizadas, considerando as informações disponibilizadas pelas prefeituras sobre a forma de gestão e os objetivos do espaço protegido, suas características ambientais, informações da normal legal de criação e do seu planejamento, e outras fontes que contribuissem para caracterizar a área.

Devido à dificuldade de encontrar informações organizadas e à dispersão dos dados, foi necessária a utilização de várias fontes de consulta. As principais fontes utilizadas foram: sites das prefeituras e dos estados; Cadastro Nacional de UCs do Ministério do Meio Ambiente (CNUC/MMA)⁵⁶; Censo Nacional dos Órgãos Gestores

⁵⁵ A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (snuc), o snuc, representam benefícios aos órgãos públicos responsáveis pela gestão das unidades de conservação federais, distritais, estaduais e municipais e para o conjunto da sociedade civil. Esta Lei concebeu dispositivos que regulam as complexas relações entre o Estado, os cidadãos e o meio ambiente, propiciando a adequada preservação de significativos e importantes remanescentes dos biomas brasileiros, considerando seus aspectos naturais e culturais.

⁵⁶ O Cnuc foi criado pela Portaria nº 380, de 27 de dezembro de 2005, em conformidade com as diretrizes de integração do Brazilian Protected Area System, em colaboração com órgãos gestores no âmbito estadual e municipal. O objetivo do Cnuc é disponibilizar um banco de dados com informações oficiais do Snuc, além de proporcionar uma visão integrada do sistema e informações básicas de cada

Municipais de Meio Ambiente da Associação Nacional de Órgãos Municipais de Meio Ambiente (Anamma); planos de manejo das UCs; e normas legais de criação de UCs municipais da Mata Atlântica (leis, decretos e Diário Oficial dos municípios).

Outras fontes foram essenciais para o cruzamento e confirmação dos dados das UCs municipais , tais como: bancos de dados de unidades de conservação, como o Wikiparques (O ECO e Fundação Grupo Boticário de Proteção à Natureza), Observatório de UCs(WWF-Brasil) e o Atlas Digital Geoambiental de Minas Gerais (Instituto Prístino); literatura científica (artigos, teses e dissertações); documentos técnicos, como o Plano Municipal para Conservação e Recuperação da Mata Atlântica; documentos estratégicos dos municípios, como o Plano Diretor e Política Ambiental Municipal; portais e mídias sociais (Facebook, YouTube e blogs); e contatos com pessoas e instituições atuantes no tema e na Mata Atlântica.

Uma das abordagens de Pinto *et al.* (2017) foi a identificação do ambiente onde as UCs municipais da Mata Atlântica estão inseridas, se na malha urbana, periurbana ou na área rural do município. Em uma amostragem de 720 UCs municipais da Mata Atlântica, que apresentam informações sobre sua localização no território municipal, verifica-se que a maioria das unidades (56,5%) está situada no contexto urbano, ou seja, estão inseridos totalmente na malha urbana (278) ou localizados na área periurbana (129).

As UCs municipais da Mata Atlântica, portanto, estão sob a influência dos centros urbanos, o que proporciona, por um lado, grandes desafios para o manejo dessas áreas, e, por outro, uma grande oportunidade para promover o contato com a natureza e o reconhecimento da importância dessas áreas pela sociedade. A influência urbana pode ser ainda maior considerando que muitas áreas de proteção ambiental (apams) inseridas na zona rural possuem parte dos seus limites estendidos até a periferia das cidades.

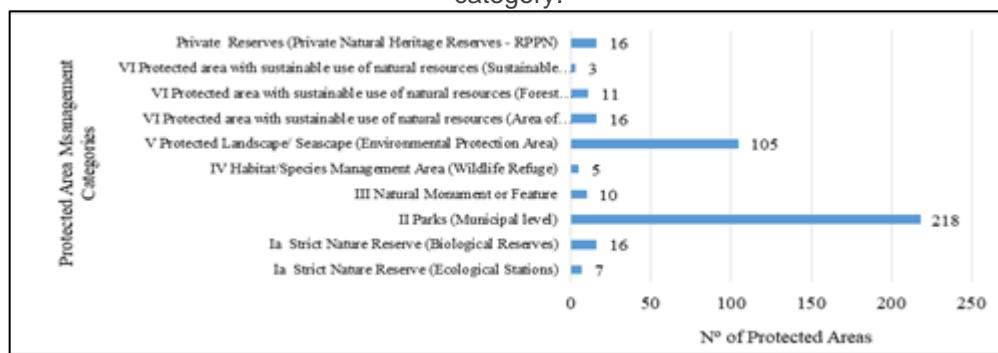
Considerando apenas as UCs municipais da Mata Atlântica do grupo de proteção integral (parque natural, estação ecológica, reserva ecológica etc.), verifica-

UC. The Ministry of the Environment's National Register of Protected Areas (*Cadastro Nacional de Unidades de Conservação-CNUC*) was created under Administrative Ruling nº. 380 of December 27, 2005, following the guidelines for the integration of the SNUC, in collaboration with environmental management bodies at the state and municipal levels. The purpose of the CNUC is to provide a database containing the official information of the SNUC, as well as providing an integrated overview of the system and basic information for each protected area (www.mma.gov.br/areas-protegidas/cadastro-nacional-de-ucs).

se uma proporção maior de unidades em ambientes periurbanos e urbanos (72,9%). Parques naturais municipais (PNM) predominam entre as UCs de proteção integral situadas nesses ambientes, representando 53,6% das unidades registradas (Figura 1).

A preferência por parques naturais deve estar relacionada aos seus objetivos, que melhor permitem a conciliação entre a proteção da biodiversidade e o uso público para lazer, recreação e atividades educacionais, atendendo ao mesmo tempo os aspectos sociais e ambientais das UCs. São os casos, por exemplo, do PNM Montanhas de Teresópolis (4.397,00 ha), em Teresópolis (RJ), uma das maiores UCs municipais do grupo de proteção integral na Mata Atlântica; o PNM Manguezais Josué de Castro (320,34 ha), uma das maiores áreas de mangue em zona urbana do Brasil, no Recife (PE); o PNM Dom Nivaldo Montes (132,36 ha), importante área de lazer e recreação, em Natal (RN); e o PNM Cinturão Verde (313,30 ha), como parte da estratégia de ordenamento territorial da cidade de Cianorte (PR).

Figura 1: Número de UCs municipais urbanas e periurbanas na Mata Atlântica e ecossistemas associados, por categoria de manejo. (Number of municipal protected areas within urban or peri-urban zones of the Atlantic Forest, by IUCN management category and equivalent SNUC management category.



Fonte : Os autores

As UCs municipais do grupo de proteção integral representam 67% do número total de unidades e 16% da área total protegida no ambiente urbano e periurbano (Pinto *et al.*, 2020). Apesar da predominância dos PNMs, todas as demais categorias de manejo previstas no snuc para o grupo de proteção integral estão representadas na esfera municipal. Já as UCs municipais do grupo de uso sustentável predominam em termos da área total protegida (84%). Depois dos PNMs, a apam é a categoria de manejo mais utilizada pelos municípios (105 unidades) nos ambientes urbanos e periurbanos. Essa categoria de manejo é a que possui maior cobertura da área

protegida (80,5%), enquanto os PNM representam 10% da área total protegida pelas UCs municipais em ambientes urbanos e periurbanos.

Nesse contexto, as UCs municipais tendem a possuir menor porte, o que é natural devido ao processo intenso de uso e ocupação do território das cidades. Mais da metade (57%) dessas unidades possuem menos de 100 ha. Para comparação, cerca de 82% das UCs municipais na zona rural têm área superior a 100 ha e 61% possuem mais de 1.000 ha.

Metade das UCs de proteção integral localizadas em ambientes urbanos e periurbanos possuem menos de 38 ha e a maioria (75%) menos de 158 ha. O tamanho médio dos PNM é de cerca de 113 ha, o que pode ser considerado um tamanho razoável, se forem avaliados os padrões de ocupação e planejamento urbano no Brasil. O Monumento Natural Municipal (MONAM) dos Morros do Pão de Açúcar e Urca, por exemplo, possui 91,50 ha. Essa unidade de conservação, localizada na área central da cidade do Rio de Janeiro (RJ), é um marco da paisagem carioca e protege um dos mais extraordinários monumentos naturais do Brasil. Mas, existem UCs municipais de maior porte nos ambientes urbanos como o PNM Monte Mochuara (436,00 ha), em Cariacica (ES), o Refúgio de Vida Silvestre Municipal do Bugio (827,80 ha), em Curitiba (PR), e o PNM Lagoa do Peri (1.988,00 ha), em Florianópolis (SC).

Além das UCs municipais públicas, as reservas privadas (RPPNs) municipais representam um movimento novo e promissor no âmbito municipal. Essa categoria de unidade de conservação possui um forte simbolismo por constituir áreas protegidas criadas de forma voluntária pelos proprietários da terra com o reconhecimento oficial dos governos. É o cidadão contribuindo diretamente para a proteção da biodiversidade.

A cidade de Curitiba (PR) se destaca por possuir 15 RPPNs municipais. O programa de RPPNs municipais de Curitiba promove incentivos ao permitir que o proprietário realize a transferência do potencial construtivo da área protegida, além de receber isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano, o que caracteriza uma espécie de pagamento por serviços ambientais de áreas naturais no ambiente urbano (Bruel *et al.*, 2015). O município conta também com o apoio da Associação dos Protetores de Áreas Verdes de Curitiba e Região Metropolitana (Apave), entidade civil sem fins lucrativos, na mobilização e apoio à criação de RPPNs e na formulação de políticas públicas relacionadas às florestas urbanas.

Como revelado acima, a rede das UCs municipais na Mata Atlântica é diversa e está inserida na dinâmica dos centros urbanos dos municípios e metrópoles da região. Nesse contexto, são inúmeras as implicações de ordem ambiental e socioeconômica na vida da população. Portanto, as UCs municipais devem estar intimamente relacionadas ao planejamento e implementação das políticas urbanas.

3. A IMPORTÂNCIA DAS UCs MUNICIPAIS NO AMBIENTE URBANO

São múltiplos os fatores que motivam os municípios a criarem as UCs municipais em ambientes urbanos e periurbanos. Considerando uma amostragem de 233 UCs municipais nesses ambientes, os fatores predominantes são:

- a) Proteção de remanescentes da vegetação nativa e da paisagem natural em geral (indicado por 84,5% dos municípios);
- b) Uso público, como a promoção de lazer, recreação, turismo e ecoturismo (60,1%);
- c) Educação ambiental, proporcionando contato com a natureza e interpretação ambiental (57,5%);
- d) Atividades de pesquisa sobre a biodiversidade e/ou aspectos socioeconômicos e ampliação do conhecimento técnico-científico (44,6%);
- e) Proteção de espécies da fauna e flora nativa (34,3%);
- f) Restauração ambiental (29,2%);
- g) Proteção de recursos hídricos em bacias, mananciais, rios e outros cursos d'água, principalmente para abastecimento das cidades (27,5%).

A rápida expansão urbana e os conflitos gerados por inúmeros interesses socioeconômicos demandados por diferentes setores da sociedade faz com que as UCs municipais, cada vez mais, se tornem componentes importantes e integradores do planejamento e zoneamento das cidades. Nesse sentido, é preciso um novo olhar sobre o processo de urbanização e a incorporação efetiva das UCs e outras áreas verdes nos diferentes mecanismos e instrumentos de planejamento das cidades, como o Plano Diretor, a Lei de Uso e Ocupação do Solo e a Lei sobre a Proteção da

Vegetação Nativa, também chamada de Novo Código Florestal Brasileiro (Panasolo *et al.*, 2016).

Algumas UCs municipais da Mata Atlântica foram criadas e planejadas por meio de importantes instrumentos de política urbana, como a Lei Orgânica e o Plano Diretor municipal. Quatro reservas biológicas e um PNM de Arraio do Cabo (RJ), por exemplo, foram criadas pela Lei Orgânica municipal de 1990. O PNM Cachoeira de Santo Antônio, em Congonhas (MG), foi criado pela Lei Orgânica municipal de 1997. Já a APAM Guandu-Jacatirão, em Queimados (RJ), foi criada no Plano Diretor do município (Art. 65 da Lei Complementar nº 35, de 21 de dezembro de 2006), assim como a apam Lagunas e Florestas de Niterói (Art. 44 da Lei nº 2.123, de 04 de fevereiro de 2004). No Recife (PE), a maioria das UCs municipais da Mata Atlântica foram instituídas a partir de instrumentos legais e infralegais já instituídos no país e nos municípios. A Lei de Uso e Ocupação do Solo do município, por exemplo (Lei nº 16.176 de 1996). Mas, a cidade possui muitas áreas verdes, livres que podem ser manejadas através da infraestrutura ecológica. A classificação supervisionada permitiu uma quantificação do total de cerca de 10 mil hectares ha de áreas verdes no município do Recife, representando em algumas regionais do zoneamento da cidade praticamente a metade dos espaços urbanos(45,58%) da sua área total, distribuídos entre fragmentos florestais, áreas cobertas por gramíneas e pasto e áreas com vegetação arbustiva (Oliveira *et al.*, 2014). A

Em Salvador (BA), o Sistema de Áreas de Valor Ambiental e Cultural (Savam), que compreende as áreas do município que contribuem para a qualidade ambiental urbana, foi criado no âmbito da revisão do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU 2016) da capital baiana (Art. 261 da Lei nº 9.069, de 30 de junho de 2016). O Savam instituiu o Subsistema de Unidades de Conservação, constituído por áreas de relevante valor ecológico e sociocultural, conforme as categorias de manejo enquadradas no regime de proteção do Sistema Nacional de UCs e do Sistema Estadual de Unidades de Conservação (seuc). O PDDU de Salvador prevê ainda a criação de 16 novos parques municipais e criou sua primeira Área de Proteção Municipal – APAM Vale da Avenida Assis Valente e do Parque em Rede Pedra de Xangô.

Existem também UCs municipais da Mata Atlântica que reforçam a relação com a área urbana explicitamente em seus objetivos de criação, enfatizando o

estabelecimento de áreas para proteção e recuperação de ambientes naturais, além de estimular o lazer e educação ambiental nas cidades. São os casos da apam Alto de Itacuruçá-Alto de Muriqui, em Mangaratiba (RJ), e as Florestas Municipais de Juiz de Fora (MG).

A criação da apam de Sabiaguaba e o PNM Dunas de Sabiaguaba em Fortaleza, mostra também a importância dessas áreas como parte de um processo de ordenamento territorial (Souza et al., 2011). O PNM das Dunas de Sabiaguaba, com 467,60 ha, foi criado com o intuito de proteger as dunas e lagoas costeiras de Sabiaguaba do acelerado processo de urbanização e da especulação imobiliária entre os municípios de Fortaleza e Aquiraz (CE). Já a APAM, com 1.009,74 ha, foi criada para formar uma zona de amortecimento ao parque e de possibilitar maior controle sobre a ocupação daquela porção do território de Fortaleza.

Outro exemplo importante é a criação e implementação de um conjunto de UCs municipais de Guarulhos (SP), localizadas na porção norte-noroeste do município, como a apam Cabuçu-Tanque Grande, o PNM Cultura Negra-Sítio da Candinha, a Reserva Biológica Municipal Burle Marx, e a Estação Ecológica Municipal Tanque Grande. Essas unidades fazem parte do planejamento e gestão territorial do complexo florestal da Cantareira, maior floresta urbana da região metropolitana de metrópole de São Paulo no âmbito da revisão do Plano Diretor de Guarulhos, da Lei de Mananciais e da construção do Rodoanel Trecho Norte, em um contexto de rápida expansão da infraestrutura urbana (Santos e Fialho, 2014).

A inserção das UCs municipais da Mata Atlântica nos planos diretores municipais e outros instrumentos de planejamento urbano é um aspecto muito positivo para o reconhecimento dessas áreas como patrimônio e parte integrante do desenvolvimento municipal. Por outro lado, a gestão dessas áreas numa matriz urbana requer a integração dos instrumentos de ordenamento territorial previstos na legislação ambiental e urbana, seja para evitar conflitos legais ou proporcionar ganhos ambientais e socioeconômicos para a população.

A zona de amortecimento das UCs do grupo de proteção integral e a regulamentação de áreas de uso sustentáveis em ambientes urbanos, por exemplo, podem conflitar e sobrepor com outras regulamentações sobre o uso e ocupação do solo urbano (Mello-Théry, 2011; Bezerra, 2015; Silva, 2016). Ajustes são necessários

para essas situações especiais, de uma maneira que se garanta a proteção das áreas verdes e possibilite a conciliação com a dinâmica socioeconômica da malha urbana.

Outro desafio para os municípios é de que eles trabalhem com uma visão integrada dos diferentes instrumentos de planejamento municipal, como o Plano Diretor e o Plano Municipal da Mata Atlântica (Steinmetz, 2014). O Plano Municipal de Conservação e Recuperação da Mata Atlântica (PMMA)⁵⁷, previsto na Lei nº 11.428, de 22 dezembro de 2006, conhecida como Lei da Mata Atlântica, deve apontar ações e áreas prioritárias para a conservação e recuperação da Mata Atlântica no território municipal. Nesse sentido, as UCs municipais e de outras esferas governamentais, criadas e/ou planejadas, são elementos-chave na construção do plano. É imprescindível que os PMMAs complementem outros planos e programas de diferentes níveis governamentais de forma articulada com as diretrizes e mecanismos das políticas públicas municipais, em uma visão de curto, médio e longo prazo.

O processo de urbanização não significa a diminuição drástica da biodiversidade nativa. Mesmo com forte poder de transformação do ambiente natural as cidades são capazes de manter parte da biodiversidade regional (Kowarik, 2011; SCBD, 2012). Estudos realizados em cidades brasileiras corroboram esse fato e indicam a necessidade de estabelecer ações e estratégias para facilitar e, até ampliar, a biodiversidade nos centros urbanos (Pontes, 2015; Moro e Castro, 2015; Pena et al., 2016).

Os resultados do inventário mais recente da fauna e flora do município de São Paulo, por exemplo, revelam a persistência da biodiversidade na maior metrópole do país, sobretudo nos cinturões verdes do Norte e do Sul da cidade (Prefeitura de São Paulo, 2016). O inventário, realizado através da parceria entre a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente (SVMA) e o Programa BIOTA-FAPESP, encontrou 1.113 espécies da fauna e 4.768 da flora no município, com registros até para grandes felinos – suçuarana (*Puma concolor*) e a onça-pintada (*Panthera onca*) –, no limite sul da capital paulista.

Além de contribuir para a proteção da biodiversidade local, as UCs municipais podem também ter um papel fundamental na sustentabilidade das cidades e na

⁵⁷ O Plano Municipal de Conservação e Recuperação da Mata Atlântica (PMMA), previsto na Lei nº 11.428, de 22 dezembro de 2006, conhecida como Lei da Mata Atlântica, deve apontar ações e áreas prioritárias para a conservação e recuperação da Mata Atlântica no território municipal.

melhoria da qualidade de vida e bem-estar da população. É importante destacar que o conjunto de UCs municipais urbanas e periurbanas da Mata Atlântica estão em municípios que abrangem mais de 60 milhões de habitantes. É uma parcela importante da população brasileira que demanda por mais áreas de lazer, recreação e turismo em contato com a natureza.

Se bem integradas e manejadas na paisagem, as UCs municipais podem proporcionar oportunidades e múltiplos serviços à sociedade. Aspectos como a proteção da biodiversidade, o abastecimento de água, o aumento da conexão da população com a natureza, a melhoria da saúde física e mental das pessoas, a restauração ambiental e revitalização dos espaços urbanos, e o enfrentamento dos desastres naturais e das mudanças do clima são elementos fundamentais para o desenvolvimento urbano. O município vem trabalhando na formulação do Plano Municipal de Áreas Protegidas, Áreas Verdes e Espaços Livres (PLANPAVEL). O PLANPAVEL é uma das ações estratégicas previstas no Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo para organizar e implementar o Sistema de Áreas Protegidas, Áreas Verdes e Espaços Livres - SAPAVEL, constituído pelo conjunto de áreas enquadradas nas diversas categorias protegidas pela legislação ambiental, de terras indígenas, de áreas prestadoras de serviços ambientais, das diversas tipologias de parques de logradouros públicos, de espaços vegetados e de espaços não ocupados por edificação coberta, de propriedade pública ou particular (PDE 2014, art. 265). O objetivo primordial do PLANPAVEL é a definição de uma política de gestão e provisão de áreas verdes e espaços livres públicos e de uma política de proteção do patrimônio ambiental inserido no município, que se conecta com significativos remanescentes de vegetação da Região Metropolitana de São Paulo.

Os efeitos negativos da degradação dos ecossistemas da Mata Atlântica sobre as cidades é um fator de preocupação (Nobre *et al.*, 2010; Pinto *et al.*, 2017b). O bioma possui elevados índices de urbanização e a maioria das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas do país, que acabam proporcionando enorme pressão sobre as áreas verdes. Essas regiões abrigam um enorme contingente populacional com demandas por recursos naturais e serviços ambientais. Somente as regiões metropolitanas das duas maiores cidades do país, São Paulo e Rio de Janeiro, inseridas na Mata Atlântica, possuem 33,5 milhões de habitantes (IBGE, 2016).

As alterações do ambiente natural passaram a ter maior repercussão, nesta última década, devido, principalmente, à crise hídrica na região e ao grande número de vítimas causadas pelas enchentes amplificadas por rios assoreados e desabamentos de encostas desmatadas e ocupadas sem planejamento, nas periferias das grandes metrópoles (CEPED-UFSC, 2013). Centenas de municípios brasileiros são afetados por desastres com perdas materiais e humanas anualmente (CEPED-UFSC, 2013). Entre 2013 e 2017, por exemplo, 2.700 municípios foram atingidos por secas, 1.726 por alagamentos, 1.515 por enxurradas, 1.093 por processos erosivos acelerados, e 833 por deslizamentos (IBGE, 2018). UCs e outros espaços verdes podem auxiliar na estabilização de morros e serras, na minimização das ondas de calor, e atuar como reguladores de fluxo de água, evitando o agravamento desses eventos.

A infraestrutura ecológica pode ser importante também para a moderação das temperaturas provocadas pelas ilhas de calor, fenômeno comum atualmente nos grandes centros urbanos, provocada por uma anomalia térmica devido ao elevado grau de urbanização e alteração da paisagem natural nas cidades (Moreira e Galvínio, 2009; Lucena *et al.*, 2012; Xu *et al.*, 2020).

Além das alterações nos ambientes naturais, as cidades são responsáveis por 60 a 70% das emissões dos gases que provocam o efeito estufa no mundo, o que torna a gestão dos governos locais ainda mais importante (SCBD, 2012). Nesse sentido, o Observatório do Clima, rede formada por mais de 60 organizações não governamentais e movimentos sociais, estabeleceu o Sistema de Estimativas de Emissões de Gases de Efeito Estufa – SEEG (Albuquerque *et al.*, 2020). O SEEG é uma forma de contribuição para a Política Nacional de Mudanças Climáticas, que deve produzir estimativas anuais de emissão de gases de efeito estufa no território brasileiro, de forma a acompanhar a execução das políticas de enfrentamento das mudanças do clima.

O Observatório do Clima⁵⁸ trouxe uma enorme contribuição ao conhecimento das emissões no país ao implementar recentemente o SEEG municípios, identificando as emissões de gases de efeito estufa de todos os 5.570 municípios brasileiros. O

⁵⁸ Rede formada por mais de 60 organizações não governamentais e movimentos sociais, estabeleceu o Sistema de Estimativas de Emissões de Gases de Efeito Estufa – SEEG
<https://www.oc.eco.br/>

levantamento cobre os anos entre 2000 a 2018 e é detalhado para mais de uma centena de fontes de emissões nos setores de energia, transporte, indústria, agropecuária, tratamento de resíduos e mudanças de uso da terra e florestas. Dessa maneira, será possível entender a dinâmica das emissões e prover possíveis soluções para o poder municipal no desenvolvimento de políticas para a redução de carbono como, por exemplo, a revitalização de áreas degradadas e a ampliação da infraestrutura ecológica.

Reconhecendo o valor socioeconômico e ambiental da infraestrutura ecológica nas cidades, o Ministério do Meio Ambiente desenvolveu o Programa Cidades+Verdes (Portaria nº 504, de 21 de setembro de 2020), cujo objetivo principal é ampliar a quantidade e a qualidade das áreas verdes urbanas no país (MMA, 2020c). O Programa é um dos eixos da Agenda Nacional de Qualidade Ambiental Urbana e visa a execução de projetos de criação, ampliação, recuperação e integração de áreas verdes urbanas, no curto e médio prazo. Alguns municípios já estão avançados e possuem estratégias de planejamento em andamento (Guirao, 2016).

A implementação da infraestrutura ecológica e a redução de riscos de desastres e construção de resiliência, principalmente das cidades é uma preocupação global graças ao rápido processo de urbanização e crescimento populacional, a falta de organização dos seus elementos, assim como um total desligamento da população com a natureza. Nesse contexto, as Nações Unidas vêm trabalhando com os países para o desenho de um plano de ação para a redução de riscos de desastres (United Nations, 2015).

Em 2015, na Terceira Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Redução do Risco de Desastres, realizada em Sendai, Miyagi, Japão, foi elaborado o Plano Sendai 2015-2030 e os compromissos dos países para enfrentar os desastres com um senso de urgência e a incorporação do tema na construção de resiliência em políticas, planos, programas e orçamentos em todos os níveis (United Nations, 2015). Vale destacar ainda que a ONU Habitat⁵⁹ vê os municípios, territórios mais afetados pela covid-19, como o carro-chefe do enfrentamento da pandemia, recomendando a revisão da configuração e governança das cidades rumo a centros urbanos mais justos, sustentáveis e produtivos (Tuts *et al.*, 2021). Alguns países têm tratado a

⁵⁹ A ONU Habitat é um Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos dedicada à promoção de cidades mais sociais e ambientalmente sustentáveis.

infraestrutura ecológica como elemento de alto valor social essencial, e não opcional, para o planejamento urbano sustentável em um mundo pós-covid19 (Mell e Whitten, 2021).

A importância das cidades na dinâmica ambiental e socioeconômica no mundo é também reconhecida ao serem inseridas como alvo de um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS 11)⁶⁰. As cidades têm sido avaliadas também no contexto da implementação de todos os 17 ODS. Lançado recentemente, o Índice de Desenvolvimento Sustentável das Cidades – Brasil (IDSC-BR) é um estudo inédito desenvolvido pelo Programa Cidades Sustentáveis (PCS), em parceria com a *Sustainable Development Solutions Network* (SDSN), uma iniciativa da ONU para monitorar os ODS em seus países-membros (SDSN, 2021).

O estudo no Brasil analisou os dados de 770 municípios de todo o país. O IDSC-BR é elaborado com base em mais de 80 indicadores, atribuindo uma pontuação específica por objetivo e outra, a pontuação final de classificação das cidades, para o conjunto dos 17 ODS. A expectativa é gerar informações e orientar a ação política municipal para a definição de metas com base em indicadores de gestão. O estudo revela as desigualdades marcantes entre regiões e capitais. Das 100 cidades com maior pontuação para atingir os ODS, 77% são do estado de São Paulo (SDSN, 2021).

O papel do município no ordenamento territorial é fundamental e evidencia a necessidade de entendimento desse complexo sistema socioambiental envolvendo a interação entre a infraestrutura física urbana (cinza) e a infraestrutura ecológica (verde e azul), que inclui as UCs municipais e outras áreas verdes como os parques urbanos, corredores verdes, Jardim Botânico e outras OMECs e cursos d'água. O termo infraestrutura verde e azul ou infraestrutura ecológica é relativamente novo, mas incorpora conceitos antigos da ecologia, como a formação de conexões entre áreas protegidas e a minimização do processo de fragmentação e degradação dos ambientes naturais (Silva e Wheeler, 2017).

Na Região Metropolitana de Belo Horizonte que envolve cerca de 5 milhões de habitantes, existem pelo menos 29 UCs municipais, compreendendo 37,5 mil

⁶⁰ Uma das metas do ODS11 é: “11.7. Até 2030, proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, em particular para mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiências.”

hectares. São excluídos desse total os parques urbanos municipais destinados principalmente às atividades de lazer e que não estão contemplados pelo snuc (Lei nº 9985/2000). a Cidade administra ainda mais de 10,7 milhões de metros quadrados de áreas verdes, incluem 75 parques espalhados por toda metrópole, um Jardim Zoológico, um Jardim Botânico, e cinco centros de vivência agroecológica (Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, 2021). Como fazer com que essas áreas sejam manejadas e integradas segundo o conceito de infraestrutura verde e ecológica? Os municípios têm realizado planejamentos de curto, médio e longo prazo para essa abordagem (Prefeitura Municipal de São paulo, 2020; Guirao, 2021). Em Campinas,São Paulo, está sendo realizado um amplo esforço de todo o governo local. Foi publicada a Portaria nº. 83418/2014 (DOM 25/11/14), que criou o Grupo de Trabalho (GT-PMV), no qual participam representantes do Gabinete do Prefeito e das Secretarias Municipais de Assuntos Jurídicos; Cidadania, Assistência e Inclusão Social; Comunicação; Cultura; Desenvolvimento Econômico, Social e de Turismo; Educação; Esporte e Lazer; Finanças; Habitação; Infraestrutura; Planejamento e Desenvolvimento Urbano; Saúde; Segurança Pública; Serviços Públicos; Urbanismo; EMDEC, Fundação José Pedro de Oliveira e da SANASA (Guirao, 2021).

O governo de são paulo lançou o programa praças da cidadania recentemente com o intuito de estimular o uso e maior engajamento da sociedade dessas OMECs. O Programa Praça da Cidadania foi idealizado pelo Fundo Social de São Paulo e instituído pelo Governo do Estado (Prefeitura municipal de São Paulo, 2021). Tem o objetivo de promover espaços destinados à proteção social, ao aperfeiçoamento profissional e à participação comunitária em territórios vulneráveis. Combinando a realização de melhorias urbanas, através da implantação de espaços destinados ao esporte, lazer e à convivência comunitária, com a oferta de cursos de qualificação profissional e de políticas de assistência social. **A área livre da Praça, poderá abranger, a depender de cada projeto:** academia ao ar livre; pista de caminhada; quadra poliesportiva; quadra de futebol society; quadra de basquete de rua (3x3); pista de skate; área de jogos; parquinho infantil; arena ao ar livre; jardim de chuva; e horta comunitária (Fundo Social de São Paulo, 2021).

O município é o ator estatal crucial para estabelecer políticas e medidas de uso e ocupação do território por deter a prerrogativa exclusiva do planejamento estratégico do território municipal através do Plano Diretor, que define as áreas rurais e urbanas,

e as áreas protegidas. Os municípios vão se adaptando e criando novos espaços. Um exemplo interessante de integração entre infraestrutura verde e desenvolvimento urbano é a Plataforma Cidades Emergentes e Sustentáveis (CES), uma iniciativa do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Goiânia (GO) e Florianópolis (SC), estão entre as quatro capitais selecionadas para a implantação desse modelo no Brasil (BID, 2012; Prefeitura Municipal de Florianópolis, 2015). A Plataforma CES tem por objetivo introduzir o conceito de sustentabilidade em todos os aspectos da gestão municipal, viabilizando o apoio técnico e financeiro para a elaboração e a execução de projetos e políticas públicas voltadas para o desenvolvimento sustentável.

O acesso a infraestrutura verde do território vem sendo relacionado ao aumento da percepção da saúde física e mental das pessoas. Nas últimas décadas, evidências científicas, proporcionadas por pesquisas em diferentes países, indicam que a interação com a paisagem natural está intimamente relacionada ao bem-estar e a melhora de indicadores de saúde da população (Louv, 2008; Taylor e Kuo, 2009; Thompson *et al.*, 2012; SCBD, 2012; Roe *et al.*, 2013; Brown *et al.*, 2016). O contato frequente com a natureza pode provocar, por exemplo, a diminuição do estresse, menor incidência de doenças respiratórias e do coração, melhoria do déficit de atenção em crianças e maior coesão social.

A conexão promissora entre a saúde humana e áreas verdes estimularam a Parks Victoria, uma agência de administração de parques do governo do estado de Victoria, no sul da Austrália, a criar em 1999 a iniciativa “Parques Saudáveis, Pessoas Saudáveis” (Maller *et al.*, 2008; Townsend *et al.*, 2015). O conceito tem como premissa que o contato com a natureza pode melhorar a saúde humana e a saúde humana depende de ecossistemas saudáveis como encontrado nas unidades de conservação. O exemplo australiano se espalhou para vários países com novas versões, mas utilizando basicamente o mesmo conceito. Esse é um modelo que pode e deve ser seguido também pelos órgãos gestores das UCs municipais.

Os ambientes naturais e as UCs são também essenciais ao protegerem áreas-chave de ecossistemas aquáticos e repositórios de água. A crise hídrica acentuada nos últimos anos no Brasil é um exemplo claro de como as UCs municipais serão, cada vez mais, importantes para o desenvolvimento municipal (ANA, 2017; Pires *et al.*, 2020).

Pires *et al.*, 2020). São vários os exemplos de unidades criadas para a proteção de mananciais e fontes de captação de água, tais como a apam do Sana, em Macaé (RJ), o PNM Nascentes do Jaibi, em Guapimirim (RJ), a apam Serra Dona Francisca, em Joinville (SC), a APAM Rio Vermelho-Humbold, em São Bento do Sul (SC), a APAM Rios Ligeirinho e Leãozinho, em Erechim (RS), e outros.

É interessante destacar a formação de consórcios intermunicipais (ex.: Consórcio Quiriri, em Santa Catarina; Coripa, Comafen e Cibax, no Paraná), que têm como objetivo a criação e implementação de áreas protegidas visando o abastecimento de água para a população e as necessidades dos municípios. O papel das UCs na provisão de água de qualidade e quantidade para as cidades tem sido documentado no Brasil e no mundo (Dudley e Stolton, 2008; Medeiros *et al.*, 2011; Fundação Coppetec, 2014). Mas, a associação entre dezenas de UCs municipais e a segurança hídrica ainda precisa ser melhor compreendida e reconhecida pela sociedade.

Outra função essencial das UCs municipais e as demais áreas verdes que compõem a infraestrutura verde nos municípios é a moderação das temperaturas nos centros urbanos. Estudos sobre ilha de calor constataram esse fenômeno e seu agravamento nas últimas duas décadas, especialmente nas capitais como Recife (Moreira e Galvâncio, 2009), Rio de Janeiro (Lucena *et al.*, 2012) e São Paulo (Ribeiro *et al.*, 2010). Todos reforçam o papel das áreas verdes que atuam na amenização e maior conforto climático local. O gradiente térmico entre as áreas verdes e as áreas urbanizadas das cidades pode atingir até 10°C (Lucena *et al.*, 2012; Ribeiro *et al.*, 2010). A conectividade dos fragmentos florestais existentes em ambientes urbanos é extremamente importante para a conservação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos. A Zona Leste do Município de São Paulo, apesar de estar densamente povoada, ainda mantém fragmentos florestais bem conservados. Em uma área compreendida entre as Prefeitura Regionais Itaquera, São Mateus e Cidade Tiradentes foram levantados 101 fragmentos de vegetação e algumas áreas degradadas.

O PNM dos Manguezais Josué de Castro, no Recife (PE), é um exemplo desse contexto e funciona como um “ar condicionado” para a cidade. Estudo de Moreira e Galvâncio (2009) sobre a distribuição espacial das ilhas de calor da cidade do Recife no período de 1984 a 2007, mostrou que na área de manguezais, na porção central

do município, foram encontradas as menores temperaturas médias da malha urbana. Enquanto a área do PNM dos Manguezais Josué de Castro teve um aumento de apenas 1°C no período, outros setores da cidade tiveram incremento de 4°C a 8°C. A distribuição das ilhas de calor é um agravante para a saúde humana, podendo provocar maior incidência de mortes por doenças cardiovasculares e respiratórias, alterações de mecanismos de regulação endócrina, alterações da arquitetura do sono, e do nível de estresse (Nobre *et al.*, 2010; Ribeiro *et al.*, 2010).

Outro aspecto preocupante para os centros urbanos são os desastres naturais, um fenômeno cada vez mais comum na Mata Atlântica e outras regiões do país (CEPED-UFSC, 2013). Centenas de municípios brasileiros são afetados por desastres com perdas materiais e humanas anualmente. O número de municípios que decretaram situação de emergência por eventos climáticos extremos cresceu 40% nos últimos dez anos, em comparação às décadas anteriores (Vicária, 2017). Em 2013, por exemplo, foram 1.574 atingidos por enxurradas ou inundações bruscas (IBGE, 2014). Cidades como Alagoas, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo e Santa Catarina sofreram graves desastres entre 2008 e 2013, com elevadas perdas humanas e de infraestrutura, na zona rural e nas cidades. De acordo com Young *et al.* (2015), o valor das perdas por desastres naturais no país é bastante significativo, podendo atingir entre R\$ 179,9 e R\$ 355,6 bilhões, ou de 0,44% a 0,87% do PIB brasileiro acumulado entre 2002-2012.

A Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) sofre constantemente com chuvas fortes que provocam paralisações no trânsito, inundações e colapso nos serviços urbanos. A crescente urbanização da RMSP, atuando em sinergia com o aquecimento global, poderá causar eventos extremos com chuvas torrenciais com mais frequência no futuro, conforme estudo de vulnerabilidade às mudanças do clima na região (Nobre *et al.*, 2010). As projeções desse estudo sugerem que, entre 2070 e 2100, uma elevação média na temperatura dessa região de 2°C a 3°C poderá dobrar o número de dias com chuvas intensas, com potencial para causar enchentes e inundações graves.

Esse fenômeno reforça a necessidade da inserção dos municípios, e de outros entes da federação, na agenda das mudanças climáticas e prevenção de desastres naturais e na utilização dos espaços protegidos como parte das soluções. UCs e espaços verdes desempenham um papel importantíssimo na proteção de encostas,

na estabilização de morros e serras, e atuam como reguladores de fluxo de água, evitando o agravamento desses eventos. Na bacia do rio Barigui, em Curitiba (PR), algumas UCs municipais – Refúgio de Vida Silvestre Municipal do Bugio, PNM Guairacá e PNM Barigui –, são exemplos de unidades que contribuem para diminuir as enchentes na cidade.

Muitas dessas UCs também contribuem para o desenvolvimento socioeconômico das cidades. O PNM de Barigui (140 ha), localizado na porção norte da cidade de Curitiba (PR), por exemplo, recebe cerca de 9 milhões de visitantes por ano (Fundação Grupo Boticário, 2016), o que o torna um dos parques mais visitados do Brasil. De acordo com Young et al. (2016), para cada R\$ 1,00 investido pela Prefeitura de Curitiba no Parque Barigui, há um retorno à sociedade de R\$ 12,50 movimentado pela economia local. Este é um desafio a ser perseguido para que mais e mais pessoas usufruam, conheçam e visitem essas áreas, contribuindo para fomento de atividades e negócios sustentáveis e a geração de trabalho e renda, aquecendo as economias locais.

O exemplo do PNM Barigui é de enorme relevância para desmistificar a visão de que as UCs são um entrave do ponto de vista econômico e do desenvolvimento. A ampliação desse tipo de estudo e de outros que possam contribuir para o melhor entendimento dos serviços ambientais proporcionados pelas UCs municipais serão essenciais visando o maior reconhecimento dessas áreas pela sociedade e pelos tomadores de decisão.

4. PERSPECTIVAS DAS UCs URBANAS E PERIURBANAS NA MATA ATLÂNTICA

O conhecimento sobre a biodiversidade, UCs e infraestrutura verde em ambientes urbanos e periurbanos têm evoluído consideravelmente a partir da década de 1990 (Trzyna, 2005; McDonald et al., 2008; Gaston, 2010; Elmquist et al., 2013; Trzyna, 2014; Forman, 2014; Taylor e Hochuli, 2017), proporcionando informações reveladoras sobre a conexão e integração entre os espaços protegidos, serviços ambientais e desenvolvimento econômico.

A utilização dos ecossistemas como infraestrutura é um conceito relativamente novo e tem sido incorporado ao contexto do planejamento territorial (Silva e Wheeler,

2017). Funcionando como uma rede de áreas naturais e seminaturais, em diferentes escalas, a infraestrutura verde protege a biodiversidade e seus serviços ambientais, além de contribuir para o enfrentamento das mudanças do clima (Silva e Wheeler, 2017). As UCs municipais associadas às características multifuncionais e de múltipla escala da infraestrutura verde podem criar um mosaico de espaços públicos e privados de proteção ambiental, capaz de contribuir para o bem-estar da população e suprir algumas demandas chave para o desenvolvimento local.

Estudos realizados em Curitiba (PR), por exemplo, avaliaram a integração das UCs municipais com outras áreas verdes da cidade (Prefeitura Municipal de Curitiba, 2012). Foram identificadas 1.000 propriedades particulares com remanescentes florestais em mais de 60% do território de Curitiba. As análises indicaram que 442 áreas com floresta ainda mantêm conectividade com as unidades de conservação, e 730 possibilitam a formação de corredores ecológicos e maior conectividade da infraestrutura verde da paisagem urbana do município. O resultado dessa análise mostra o caminho e as oportunidades para a ampliação da rede de proteção ambiental em Curitiba.

Com altas taxas de urbanização a Mata Atlântica apresenta um cenário altamente desafiador para a manutenção da sua integridade, simbolizando uma tendência em um mundo cada vez mais urbano. Uma das consequências disso é que a maioria das UCs do bioma estão sob a influência dos ambientes urbanos, com implicações importantes para a gestão individual dos espaços protegidos, assim como para as políticas e o manejo de todo o sistema de proteção, confirmado algumas análises realizadas anteriormente (Menezes e Mendes, 2001; Peixoto, 2014; Guimarães e Pellin, 2015).

A descentralização do processo de conservação e sustentabilidade é fundamental para o enfrentamento dos grandes desafios da expansão urbana em conciliação com desenvolvimento sustentável na Mata Atlântica e no país. As cidades passaram a ser o ponto central da questão ambiental, demandando recursos de toda ordem, que influenciará o uso da terra, avançando além dos limites das áreas já consolidadas para a ocupação urbana. Desta forma, medidas que contribuam para o ordenamento desse crescimento, associado à presença da infraestrutura verde terão impactos benéficos que se estenderão além dos seus limites territoriais.

A Sustentabilidade das cidades foi reconhecida como uma agenda prioritária pelos países e expresso em um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – Agenda 2030 (pós Rio+20), assim como na nova Agenda Urbana, estabelecida em 2016 na Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável – Habitat III (United Nations, 2017). A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), outro fórum global de grande importância, também ressalta a abordagem ecossistêmica da paisagem urbana e o engajamento dos governos locais como passos essenciais para o cumprimento das Metas de Aichi (SCBD, 2012). A estratégia, para a Secretaria Executiva da CDB, será determinada, sobretudo, pelas cidades do mundo amparadas na qualidade da governança urbana, na sua capacidade criativa e de inovação, e no estabelecimento de conexões urbanos-rurais eficazes.

No Brasil, mesmo com o avanço da autonomia dos municípios a partir da Constituição de 1988 (Panasolo *et al.*, 2016), e com a promulgação da Lei Complementar nº. 140, de 8 de dezembro de 2011, que prevê a cooperação e definição de competências entre União, os Estados e os Municípios na proteção ambiental, são muitos os desafios para a transição das cidades para um padrão mais sustentável, diante de um cenário de crise política e econômica no país, e de deficiências institucionais e financeiras na esfera municipal. Somente nove municípios inseridos na Mata Atlântica possuem Sistema Municipal de UCs (snuc)⁶¹ ou Áreas Protegidas, e os mecanismos financeiros, mesmo específicos para o setor, como o Fundo Municipal de Meio Ambiente e ICMS Ecológico, não são uma garantia da implementação das UCs municipais (Oliveira, 2008; Conti, 2015; AMDA, 2017).

Para mudar esse cenário, os municípios precisam implementar mecanismos técnicos, legais e conceituais capazes de fortalecer sua capacidade institucional, ampliar o acesso às informações e avançar em políticas e medidas mais eficientes de conservação da biodiversidade, que são pilares essenciais para o desenvolvimento econômico e a melhoria da qualidade de vida da população. O desenvolvimento de capacidade de pessoal, o aperfeiçoamento de mecanismos financeiros como ICMS Ecológico⁶², a integração multisetorial e multidisciplinar, contando com o avanço e

⁶¹ The Brazilian Protected Area System defines and regulates protected area categories at federal, state, and municipal levels, according the standards of the six IUCN Protected Area Management Categories.

⁶² O ICMS Ecológico é parte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). O ICMS é um imposto de competência estadual e uma das principais fontes de receita tributária de estados e

inovação nas parcerias, seja pública e/ou privada, são aspectos essenciais para fortalecer a agenda ambiental municipal.

A integração com municípios vizinhos pode ser um importante fator para fortalecer as ações que exigem soluções de parceria e fazer frente as deficiências orçamentárias e de pessoal da maioria dos municípios. O Plano Diretor⁶³ de Desenvolvimento Integrado da Região Metropolitana e Colar Metropolitano do Vale do Aço (MG), por exemplo, inclui no eixo ambiental do planejamento as UCs municipais dos 28 municípios envolvidos (Unileste, 2014). São 25 UCs municipais, totalizando cerca de 286 mil hectares no vale do rio Doce. É um contingente importante de áreas protegidas em uma área que sofre, desde 2015, as influências de um dos maiores desastres ambientais do país. Essa rede de proteção local será fundamental e servirá como referência para a recuperação da região.

Vale destacar ainda uma parceria intermunicipal inédita que ocorreu entre três municípios da Região Metropolitana de Curitiba-RMC (PR). As prefeituras de Curitiba, Araucária e Fazenda Rio Grande se uniram para criar, em 2015, a “Reserva do Bugio” ou “Refúgio do Bugio”, maior unidade de conservação intermunicipal do país localizada em área urbana. São 1.765,02 ha protegidos ao longo dos rios Barigui e Iguaçu na confluência entre os três municípios e divididos em três Refúgios de Vida Silvestre Municipais: REVIS do Bugio (827,80 ha), em Curitiba; REVIS Rio Iguaçu-Foz do Barigui (334,22 ha), em Araucária; e REVIS Foz do Rio Maurício-Rio Iguaçu

municípios, sendo operacionalizado a partir do cumprimento de leis estaduais e suas normas complementares, que disciplinam os critérios e procedimentos. A possibilidade de deliberar sobre 25% do tributo foi a oportunidade para que alguns estados estabelecessem uma nova política. O ICMS Ecológico é parte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). O ICMS é um imposto de competência estadual e uma das principais fontes de receita tributária de estados e municípios, sendo operacionalizado a partir do cumprimento de leis estaduais e suas normas complementares, que disciplinam os critérios e procedimentos. A possibilidade de deliberar sobre 25% do tributo foi a oportunidade para que alguns estados estabelecessem uma nova política, onde critérios ambientais passaram a fazer parte dos parâmetros do repasse financeiro do tributo. O ICMS Ecológico é, talvez, um dos mecanismos econômicos mais inovadores que beneficiam o setor ambiental dos municípios e a valorização do princípio do protetor-recebedor. A ocorrência de UCs no território municipal é um dos requisitos para o recebimento do ICMS Ecológico na maioria dos estados, ou seja, quanto maior o número e a área protegida, mais recursos financeiros o município receberá. Esse tributo inovou ao estabelecer uma intervenção positiva e não coercitiva do estado, proporcionando uma ação municipal mais efetiva nas políticas públicas ambientais.

⁶³ The Municipal Master Plan (MMP) is constitutionally defined as the basic instrument of urban policy in Brazil. The MMP guidelines are transformed into municipal law that regulates zoning, subdivision, use and occupation of the land, the determining of protected areas and other definitions not only within the urban space, but throughout the municipal area. The PDM is a mandatory instrument for municipalities with a population of more than 20,000 inhabitants, as well as for municipalities that are part of a metropolitan area and urban agglomerations with places of special interest for tourism, in addition to those located within the areas of influence of works or activities that have a significant environmental impact.

(603,00 ha), em Fazenda Rio Grande. A “Reserva do Bugio” tem como objetivos a melhoria da qualidade das águas que cortam a RMC, a diminuição do impacto das enchentes, além da proteção da biodiversidade local. Essa experiência pode ser amplificada para outras áreas ao longo da Mata Atlântica.

A aproximação dos brasileiros com as áreas verdes é maior do que se imagina (WWF, 2014) e as UCs municipais podem cumprir um papel muito importante na sensibilização e oferecer uma grande oportunidade para promover maior conexão entre sociedade e natureza. Entender como os ambientes naturais geram serviços ambientais, quem se beneficia com eles e como contribuem para a saúde humana, e como podem proporcionar maior resiliência frente às mudanças do clima, é fundamental para o desenho de políticas públicas que enfrentarão o desafio de aliar conservação, bem-estar humano e desenvolvimento.

O cenário é desafiador e exigirá uma nova visão sobre o planejamento e expansão urbana, considerando a infraestrutura verde, em especial as unidades de conservação, como um elemento chave para o desenvolvimento sustentável das cidades, fornecendo oportunidades e múltiplos serviços à sociedade. Os resultados desse trabalho mostram como a rede de UCs municipais proporcionam maior capilaridade para a proteção ambiental no território da Mata Atlântica, e apresenta indicativos de como essas áreas podem ter um papel promissor na agenda de desenvolvimento sustentável local.

REFERÊNCIAS

AMDA (Associação Mineira de Defesa do Ambiente). **ICMS Ecológico em Minas Gerais é baixo estímulo à conservação da biodiversidade.** Belo Horizonte: AMDA, 2017.

ANA (Agência Nacional de Águas). **Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil 2017: informe anual.** Brasília: ANA, 2017.

BEZERRA, M. C. L. A necessária articulação entre os instrumentos de gestão de APA urbanas e o plano diretor. *e-metropolis*, n. 22, 2015. p. 36-45.

BROWN, S. C. et al. Neighborhood Greenness and Chronic Health Conditions in Medicare Beneficiaries. *American Journal of Preventive Medicine*, 2016. doi: 10.1016/j.amepre.2016.02.008

BRUEL, B. O. et al. Fortalecimento de políticas públicas municipais para a conservação de áreas naturais particulares em Curitiba e Região Metropolitana, Paraná. In: Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, 8., 2015, Curitiba. **Anais do VIII Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação.** Curitiba: Fundação Grupo Boticário de Proteção à Natureza, 2015.

CEPED-UFSC (Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres da Universidade Federal de Santa Catarina). **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais – 1991 a 2012.** Florianópolis: CEPED-UFSC, 2013.

CONTI, B. R. **ICMS-Ecológico no Estado do Rio de Janeiro: criação, gestão e uso público em unidades de conservação.** 2015. 306 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

DUDLEY, N.; Stolton, Sue. Drinking Water and Protected Areas. In: SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **Protected Areas in Today's World: Their Values and Benefits for the Welfare of the Planet.** Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2008. p. 37-41.

ELMQVIST, T.; Fragkias, M.; Goodness, J.; Güneralp, B.; Marcotullio, P.J.; McDonald, R. I.; Susan Parnell; Maria, S.; Sendstad, M.; Seto, K. C.; Wilkinson, C. Eds). **Urbanization, Biodiversity and Ecosystem Services: Challenges and Opportunities – A Global Assessment.** New York: Springer, 2013.

FORMAN, R. T. T. **Urban Ecology – Science of Cities.** Cambridge University Press, 2014. Fundo Social de São Paulo. Governo do estado de São Paulo. São Paulo: Fundo Social de São Paulo, 2021. Disponível em:
<https://www.fundosocial.sp.gov.br/projetos/praca-da-cidadania/> Acesso em: 07 ago.2021.

FUNDACÃO COPPETEC (Fundação Coordenação de Projetos, Pesquisas e Estudos Tecnológicos). **Elaboração do Plano Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Rio de Janeiro: R7 - Diagnóstico Parcial, UCs e Áreas de Proteção de Mananciais.** Rio de Janeiro: Fundação Coppetec Laboratório de Hidrologia e Estudos de Meio Ambiente e Instituto Estadual do Ambiente-INEA, 2014.

GASTON, K. J. (Ed.). **Urban Ecology.** Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

- GUIMARÃES, E.; PELLIN, A. **BiodiverCidade**. São Paulo: Matrix, 2015.
- Guirao, A. C.. **Plano Municipal do Verde: documento orientador**. Campinas: Secretaria Municipal do Verde, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, 2016.
- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **Perfil dos Municípios Brasileiros - 2013**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.
- KOWARIK, I. Novel urban ecosystems, biodiversity, and conservation. **Environmental Pollution**, v. 159, n. 8-9, p. 1974–1983, 2011.
- LOUV, R. **Last child in the woods – saving our children from nature-deficit disorder**. New York: Algonquin Books, 2008.
- LUCENA, A. J. et al. A evolução da ilha de calor na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. **Revista Geonorte**, v. 2, n. 5, p. 8–21, 2012.
- MARETTI, C. C.; VON BEHR, M.; SOUZA, T. V. S. B.; SCARAMUZZA, C. A. M.; GUIMARÃES, E.; ELIAS, P. F.; BRITO, M. C. W. Ciudades y áreas protegidas en Brasil: Soluciones para el bienestar, la conservación de la naturaleza y la participación activa de la sociedad. In: Guerrero, F. E. (Ed.). **Voces sobre Ciudades Sostenibles y Resilientes**. Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2019. p. 59-65.
- MALLER, C. et al. **Healthy parks, healthy people – The health benefits of contact with nature in a park context**. Melbourne: Deakin University and Parks Victoria, 2008.
- MARETTI, C. C.; VON BEHR, M.; SOUZA, T. V. S. B.; SCARAMUZZA, C. A. M.; GUIMARÃES, E.; ELIAS, P. F.; BRITO, M. C. W. Ciudades y áreas protegidas en Brasil: Soluciones para el bienestar, la conservación de la naturaleza y la participación activa de la sociedad. In: Guerrero, F. E. (Ed.). **Voces sobre Ciudades Sostenibles y Resilientes**. Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2019. p. 59-65.
- MCDONALD, R. I.; KAREIVA, P.; FORMAN, R. T. T. The implications of current and future urbanization for global protected areas and biodiversity conservation. **Biological Conservation**, v. 141, p. 1695–1703, 2008.
- MEDEIROS, R. et al. **Contribuição das UCsbrasileiras para a economia nacional: Sumário Executivo**. Brasília: UNEP-WCMC, 2011.
- MELLO-THÉRY, N. A. Conservação de áreas naturais em São Paulo. **Estudos Avançados**, v. 25, n. 71, p. 175-188, 2011.
- MENEZES, P. C.; MENDES, L. O. T. The mission of protected areas in Brazil. **Parks**, v. 11, n. 3, p. 16-20, 2001.
- MOREIRA, E. B. M.; GALVÍNCIO, J. D. Análise multitemporal da ilha de calor urbana na cidade do Recife, através de imagens do Landsat TM-5. In: Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto, 14., 2009, Natal. **Anais do XIV Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto**. São José dos Campos: INPE, 2009. p. 1441-1448.
- MORO, M. F.; CASTRO, A. S. F. A check list of plant species in the urban forestry of Fortaleza, Brazil: where are the native species in the country of megadiversity? **Urban Ecosyst**, v. 18, p. 47–71, 2015.

NOBRE, C. A. et al. **Vulnerabilidades das Megacidades Brasileiras às Mudanças Climáticas: Região Metropolitana de São Paulo**. São Paulo: INPE, 2010.

Oliveira, T., H.; Dantas, J. G.; Galvínio, J. D.; Rejane Magalhães de Mendonça Pimentel. Botler, M.. Análise da Variação Espaço-Temporal das Áreas Verdes e da Qualidade Ambiental em Áreas Urbanas, Recife-PE. **Revista Brasileira de Geografia Física**, v.. 07, n.06 , p. 1196-1214, 2014

PANASOLO, A.; PETERS, E. L.; NUNES, M. S. **Áreas verdes urbanas à luz da nova legislação florestal: proteção, intervenção, hipóteses de uso e regularização fundiária**. Curitiba: Ambiente Juris, 2016.

PEIXOTO, S. L. Sustentabilidade ambiental e financeira das áreas verdes protegidas da cidade do Rio de Janeiro. In: BENSUSAN, N.; PRATES, A. P. (Orgs.). **A diversidade cabe na unidade? Áreas protegidas no Brasil**. Brasília: IEB Mil Folhas, 2014. p. 710-715.

PENA, J. C. C. et al. The green infrastructure of a highly-urbanized neotropical city: the role of the urban vegetation in preserving native biodiversity. **REVSBAU, Piracicaba – SP**, v. 11, n. 4, p. 66-78, 2016.

PINTO, L. P. ; GUIMARÃES, E.; HIROTA, M. I. **UCs municipais da Mata Atlântica**. São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica, 2017.

PINTO, L. P.; GUIMARÃES, E.; HIROTA, M. Municipal protected areas within the urban context of Brazil's Atlantic Forest. **Modern Environmental Science and Engineering**, v. 6, n. 11, p. 1183-1195, 2020.

PONTES, J. A. L. (Org.). **Biodiversidade Carioca – Segredos Revelados**. Rio de Janeiro: Technical Books Editora, 2015.

PREFEITURA MUNICIPAL CURITIBA. **Plano Municipal de Conservação e Recuperação da Mata Atlântica, Curitiba – PR**. Curitiba: Prefeitura Municipal de Curitiba, 2012.

Prefeitura Municipal de Florianópolis; Banco Interamericano de Desenvolvimento; Caixa Econômica Federal; Instituto Brasileiro de Administração Municipal. **Plano de Ação Florianópolis Sustentável 2015**. Florianópolis: Prefeitura Municipal de Florianópolis, 2015.

Prefeitura Municipal de São Paulo. **Inventário da Biodiversidade do Município de São Paulo – 2016**. São Paulo: Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, 2016.

Prefeitura Municipal de São Paulo. **Material de apoio para Consulta Pública do Plano Municipal de Áreas Protegidas, Áreas Verdes e Espaços Livres- PLANPAVE**. São Paulo: Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente, 2020.

Prefeitura Municipal de São Paulo. Governo de São Paulo. Fundo Social São Paulo. 2021. Disponível em: < <https://www.fundosocial.sp.gov.br/quem-somos/sobre//>>. Acesso em: 08 ago. 2021.

Prefeitura Municipal de Belo Horizonte. Portal da prefeitura de Belo horizonte. **Fundaão de parques municipais e zoobotânica**.2021. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica>. Acesso em: 06 ag. 2021.

RIBEIRO, H. et al. Alterações no clima urbano. In: SALDIVA, P. et al. (Orgs.). **Meio Ambiente e saúde: o desafio das metrópoles**. São Paulo: Ex-Libris Comunicação Integrada, 2010.

ROE, J. J. et al. Green Space and Stress: Evidence from Cortisol Measures in Deprived Urban Communities. *Int. J. Environ. Res. Public Health*, v. 10, p. 4086-4103, 2013.

SANTOS, S. A. D.; FIALHO, M. As UCsem Guarulhos: gestão territorial dos espaços naturais protegidos. *Int. J. Knowl. Eng. Manag.*, v. 2, n. 4, p. 43-71, 2014.

SCBD (Secretariat of the Convention on Biological Diversity). **Panorama da Biodiversidade nas Cidades**. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2012.

SETO, K. C.; GÜNERALP, B.; HUTYRA, L. R. Global forecasts of urban expansion to 2030 and direct impacts on biodiversity and carbon pools. *PNAS*, v. 109, n. 40, p. 16083–16088, 2012.

SILVA, J. M. C.; WHEELER, E. Ecosystem as infrastructure. *Perspectives in ecology and conservation*, v. 15, p. 32-35, 2017.

SILVA, H. B. I. Planejamento territorial e UCsem áreas urbanas: zonas de amortecimento e outros instrumentos de competência municipal. *Revista de Administração Municipal*, n. 288, p. 4-18, 2016.

SILVA, J. M. C. et al. Conservação da Mata Atlântica Brasileira - um balanço dos últimos dez anos. In: CABRAL, D. C.; BUSTAMANTE, A. G. (Orgs.). **Metamorfoses florestais: Culturas, ecologias e as transformações históricas da Mata Atlântica**. Curitiba: Editora Prismas, 2016. p. 435-458.

SOUZA, L. S. F.; SILVA, E. V.; VASCONCELOS, F. P. As UCs de Sabiaguaba (Fortaleza - Ceará, Brasil): diagnóstico geambiental e propostas de gestão e manejo. *Revista Geográfica de América Central*, Costa Rica, Número Especial EGAL, p. 1-17, 2011.

STEINMETZ, S. **Plano Diretor (PD) & Plano Municipal da Mata Atlântica (PMMA): casamento perfeito de planejamento territorial municipal**. Rede de ONGs da Mata Atlântica. 2014. Disponível em: <<http://rma.org.br/artigo/plano-diretor-pd-plano-municipal-da-mata-atlantica-pmma-casamento-perfeito-de-planejamento-territorial-municipal/>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

TAYLOR, A. F.; KUO, F. E. Children with attention deficits concentrate better after walk in the park. *Journal of Attention Disorders*, v. 12, n. 5, p. 402-409, 2009.

TAYLOR, L.; HOCHULI, D. F. Defining greenspace: Multiple uses across multiples disciplines. *Landscape and Urban Planning*, v. 158, p. 25-38, 2017.

THOMPSON, C. W. et al. More green space is linked to less stress in deprived communities: evidence from salivary cortisol patterns. *Landscape and Urban Planning*, v. 105, p. 221-229, 2012.

TOWNSEND, M.; Henderson-Wilson, C.; Warner, E.; Weiss, L. **Healthy Parks Healthy People: the state of the evidence 2015**. Melbourne: Deakin University, 2015.

TRZYNA, T. (Ed.). **The urban imperative**. Sacramento: California Institute of Public Affairs, 2005.

TRZYNA, T. **Urban Protected Areas: Profiles and best practice guidelines**. Best Practice Protected Area Guidelines Series N°. 22. Gland, Switzerland: IUCN, 2014.

UNILESTE (Centro Universitário do Leste de Minas Gerais). **Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado – PDDI, Região Metropolitana do Vale do Aço**. Subproduto P2.3 - Diagnóstico Final. Coronel Fabriciano: Unileste, 2014.

UNITED NATIONS. **The New Urban Agenda - Habitat III**. 2016. Disponível em: <<https://habitat3.org/the-new-urban-agenda>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

VICÁRIA, L. **Número de cidades em estado de emergência cresce 35%**. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/reportagens/numero-de-cidades-em-estado-deemergencia-cresce35/?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=Newsletter+Diaria>. Acesso em: 27 jun. 2017.

WWF-BRASIL. **O que o brasileiro pensa sobre as áreas protegidas do país**. Brasília: WWF-Brasil, 2014.

WHO - World Health Organization.); CDB - World Health Organization and Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2015. **Connecting global priorities: biodiversity and human health: a state of knowledge review**. Geneva: World Health Organization. http://www.who.int/globalchange/publications/reports/health_rioconventions.pdf, 2015. Geneva, 27 – Switzerland: Who, 2015.

YOUNG, C. E. F.; AGUIAR, C.; SOUZA, E. N. **Valorando tempestades: custo econômico dos eventos climáticos extremos no Brasil nos anos de 2002-2012**. São Paulo: Observatório do Clima, 2015.

YOUNG, C. E. F. et. al. **Valorização de Unidades de Conservação: Benefícios Econômicos e Sociais**. Curitiba: Fundação Grupo Boticário de Proteção à Natureza, 2016.

CAPÍTULO 05

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Marcos Vinicius Ferreira

Mestrando em Educação; PPGEn/IFMT, Cuiabá-MT; Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal - Centro Universitário Dom Alberto
E-mail: marcos.correa@unicathedral.edu.br

Rafael Arduini

Pós-graduado em Direito Trabalhista e Previdenciário pelo Centro Universitário Cathedral - UniCathedral; Centro Universitário Cathedral - UniCathedral, Barra do Garças-MT
E-mail: rafael.azolini@outlook.com

Resumo: Ao longo dos anos, o Poder Judiciário vem buscando uma maneira de efetivar a prestação jurisdicional com os instrumentos cabíveis a aprimorar o relacionamento e eficácia da Jurisdição e a aplicação do Direito, visando exterminar a morosidade na solução das demandas de sua competência. Com o avanço tecnológico, os meios de comunicação se desenvolveram consideravelmente o que proporcionou ao Poder Judiciário tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficaz com a sua informatização, criando os sistemas processuais eletrônico e digitais, com fulcro na Lei nº 11.419/2006 e Resolução nº 185/2013, do Conselho Nacional de Justiça. A instituição dos sistemas de processos virtuais no Judiciário trouxe agilidade à prática forense e aplicação da justiça, pois estes não necessitam tramitar por todos os setores de registro, distribuição e autuação como um processo físico, pois o sistema encarrega-se de realizar os atos para remeter os autos conclusos ao Magistrado. Por fim, ainda que haja algumas dificuldades dos Operadores do Direito a adequarem-se ao sistema, é inconteste que o Processo Eletrônico atinge a sua finalidade, inclusive de promover o desenvolvimento sustentável, vez que o único “papel” da justiça, hodiernamente, é julgar.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Processo Eletrônico; “Papel”.

Abstract: Over the years, the Judiciary has been looking for a way to affect the provision of jurisdiction with the appropriate instruments to improve the relationship and effectiveness of the Jurisdiction and the application of the Law, aiming at exterminating the delay in solving the demands of its jurisdiction. With technological advances, the means of communication have developed considerably, which has enabled the Judiciary to make the provision of jurisdiction faster and more efficient with its computerization, creating electronic and digital procedural systems, based on Law 11.419 / 2006 and Resolution no. 185/2013, of the National Council of Justice. The institution of virtual process systems in the Judiciary brought agility to the forensic practice and application of justice, as these do not need to be processed by all sectors of registration, distribution and assessment as a physical process, as the system is responsible for carrying out the acts to forward the completed case file to the Magistrate. Finally, although there are some difficulties for Law Operators to adapt to the system, it is undisputed that the Electronic Process achieves its purpose, including

promoting sustainable development, since the only “role” of justice, today, is to judge.

Keywords: Judicial power; Electronic Process; “Paper”.

1. INTRODUÇÃO

O Processo Judicial Eletrônico possui nascedouro com o advento da Lei nº 11.419/2006 e a Resolução nº 185/2013, do Conselho Nacional de Justiça que impulsionaram a informatização do Poder Judiciário e, consequente, criação de sistemas processuais eletrônicos e digitais. O Processo Eletrônico, acompanhando o desenvolvimento tecnológico, além de informatizar o Judiciário Brasileiro, possui o escopo de simplificar, tornar célere e promover o desenvolvimento sustentável, pois agilizaram-se os atos processuais e a prestação jurisdicional torna-se mais ágil e eficaz.

Nesse diapasão, a justificativa para desenvolver esta pesquisa é relacionar os fundamentos teóricos com a prática forense, permitindo ao Operador do Direito a cognição e aprendizado a lidar com as peculiaridades oferecidas pelos sistemas processuais, sem que haja dificuldades no exercício laboral diurno.

A bibliografia básica para o desenvolvimento do trabalho, está pautada em Piccini (2015), consistindo em manual prático que ensina a manusear o sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe) e Sistema de Automação da Justiça (e-SAJ); em Brasil (2015), Brasil (1941), Brasil (1943), Brasil (2006) e Manual do Advogado, elucidando a regulamentação da informatização do Poder Judiciário, bem como os reflexos da Lei da Informatização do Processo Judicial na normatização vigente; Goiás, Mato Grosso e São Paulo, como exemplo de Tribunais que aderiram os sistemas de processo eletrônico e digitais.

A questão norteadora do tema dessa pesquisa, consiste na busca da resposta fundamentada se a sistematização do Poder Judiciário trouxe vantagens ou dificuldades para os Operadores do Direito e jurisdicionados na aplicação da tutela jurisdicional?

Neste ínterim, o Objetivo Geral dessa análise é direcionar os Operadores do Direito a adequarem-se à sistematização do Poder Judiciário, havendo, por consequência, seus Objetivos Específicos que consistem em apresentar os sistemas utilizados pelo Judiciário Brasileiro; Compreender os sistemas processuais e seu manuseio para a prática forense; Desenvolver técnicas cognitivas práticas e Refletir a respeito dos aspectos positivos e negativos comparando o processo físico com o eletrônico/digital.

A sistematização do Poder Judiciário, destarte, de qualquer maneira iria ocorrer, vez que todos os setores, devem acompanhar o desenvolvimento tecnológico para proporcionar ao seu destinatário a qualidade nas relações pessoais, sociais e profissionais. Assim, a informatização do Poder Judiciário, além de acompanhar a modernidade, visa efetividade na prestação jurisdicional com simplicidade, celeridade e desenvolvimento sustentável, mitigando a utilização de material físico para fins de autuação processual, sustentando a ideia, desde então, que o único “papel” da Justiça é julgar.

2. REFERENCIAL TEÓRICO - CITAÇÕES

O Operador do Direito necessita de orientações para adequar-se às inovações tecnológicas contidas no Poder Judiciário, inclusive para instruí-lo na utilização dos sistemas processuais e vencer o temor das indagações que surgem diante daquilo que se considera como novo: Será que vou aprender lidar com os sistemas processuais? Será que isso vai ser bom para o Judiciário? Será que sempre precisarei de alguém para me auxiliar? Será que conseguirei me adequar? Entre outras que o deixam inseguro.

Aprioristicamente, menciona-se que a Lei de Informatização do Processo Judicial, Brasil (2006), rege, em âmbito infraconstitucional, o processo virtual em âmbito nacional e assim os Tribunais promulgaram as suas normas para compatibilizar-se ao texto legal. Respeitando esta norma, Brasil (2015), Brasil (1941), Brasil (1943), dentre outros Diplomas Legais, tiveram que se compatibilizar ao disposto na Lei supramencionada, aduzindo que: “Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.” (grifo do autor).

Como método de ensino ao manuseio dos sistemas do Judiciário Brasileiro e visando sanar todas as dúvidas do profissional do Direito, Piccini (2015), desenvolveu um manual com gravuras para orientar, minuciosamente, o Operador do Direito na novel prática forense, motivando-os, com o seguinte dizer:

Uma frase que acho que se aplica aqui é que ‘só o conhecimento vence o preconceito’. É uma verdade! Dentre as funções do presente livro, é mostrar ao leitor que o processo eletrônico/digital não é um ‘bicho de sete cabeças’. Deve-se por o ‘pré conceito’ de lado, achando que se trata de algo difícil, complicado, e até em alguns casos impossível, e, com a mente aberta, deixar-se inundar pelo conhecimento e assim se perceberá que, na verdade, foi um sistema que veio para facilitar a vida de todos os operadores do Direito – em especial dos Advogados. (PICCINI, 2015, p.21)

Nessa esteira, o Manual do Advogado, disponível em endereço eletrônico na rede mundial de computadores, aduz que “Este manual visa a prestar todas as informações necessárias ao Advogado para realizar todos os procedimentos dentro do sistema Processo Judicial Eletrônico.”, facilitando o acesso do Operador do Direito, especificamente, no Processo Judicial eletrônico (PJe).

Por derradeiro, utilizando os Tribunais Estaduais, a título de exemplo prático, ficará demonstrado que o Tribunal de Mato Grosso se aderiu ao sistema do Processo Judicial eletrônico (PJe) em 1^a e 2^a Instâncias. O Sodalício de Goiás vale-se do sistema Processo Judicial Digital (Projudi) nos Juízos de 1º e 2º Grau. E, a Corte Judiciária de São Paulo, utiliza o Sistema de Automação da Justiça (e-SAJ), enfatizando o referencial teórico utilizado para o procedimento empírico que fundamenta esta pesquisa.

3. METODOLOGIA

Por conseguinte, acredita-se que o referido artigo poderá permear ações concretas e eficazes na execução do entendimento e adequação na ambição judiciária do processo judicial eletrônico.

Desta forma, tratou-se de uma pesquisa de natureza básica, que buscou analisar o cenário da realidade dos processos judiciais no Brasil, sua morosidade e os elevados gastos, tais como papéis e demais itens necessários para impressão do processo físico. A pesquisa de cunho qualitativo foi extremamente necessária, onde houve uma adequação ao cerne central deste artigo, visando estabelecer a ligação entre a lei e a aplicabilidade da judicialização eletrônica.

Fez-se necessário a utilização da pesquisa descritiva, com o objetivo de descrever as realidades de uma era digital e o judiciário com precariedades nos avanços tecnológicos. Por conseguinte, houve a utilização com os procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica a partir das legislações, doutrinas e entre elas o

Manual Prático de Peticionamento Eletrônico, que tem como autor Piccini (2015), por executar uma abordagem com uma maneira clara e precisa o assunto em tela, qual seja, O Processo Judicial Eletrônico, sendo essa contribuição de suma importância para a compreensão do problema proposto e, principalmente, com o propósito real de formular uma resposta para este ensaio.

Além disso, compreendeu-se uma adequação na utilização do método de abordagem

Indutivo, por apresentar um “retrato” com estudo mais específico percorrendo para uma realidade mais abrangente, entendendo-se assim, contemplar o clamor judiciário, por parte do CNJ na demonstração da aplicabilidade das leis gerais na sociedade.

Outrossim, quanto ao método de procedimento foi discorrido acerca do monográfico, onde o estudo foi encaixado nesta modalidade, pois objetivou estudar e observar o cenário do processo judicial no Brasil, e desta forma, analisar as medidas eficazes que poderiam ser adotadas para buscar uma resposta no cumprimento efetivo de Justiça de ingresso para todos de forma célere e tecnológica.

4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Com o passar dos anos do advento da lei do processo eletrônico (Lei nº 11.419/2006) é salutar refletirmos se a adoção das práticas processuais por meio eletrônico tem propiciado, efetivamente, mais conforto pelo aumento da utilização das tecnologias cotidianas em todos os atos processuais.

Destaca-se que de forma inegável ocorreu a redução do custo de papel imposta pelos Tribunais, que deve ser observado não somente pelo volume de folhas que deixaram de ser impressas, mas sobretudo pelos benefícios e vantagens da celeridade propiciada pela transmissão remota de peças processuais e economia de espaço no armazenamento de volumes de pastas suspensas e autos processuais. Revela-se, que este feito, tornou-se um cenário bastante promissor para que se possa aprender que a desmaterialização da informação contida nos autos processuais gerou inúmeras vantagens que chegou a modificar a estrutura do modelo de negócio de uma sociedade de advogados.

Importante se faz relatar, que a comemoração se faz necessária e empolgante nas atividades cotidianas no que tange ao processo eletrônico, mas nem tudo são flores. Onde observa-se um aumento do chamado “apartheid digital”, ou seja, as pessoas com necessidades especiais ainda são segregadas no acesso à justiça digital, pois os sites dos tribunais ainda não se adequaram para prestar serviços a essas pessoas, primando pela isonomia.

Contudo, salienta-se que o projeto de implantação dos sistemas que autorizam as práticas processuais por meio eletrônico revela que se faz necessário uma imediata e eficaz reorganização e distribuição do pessoal que estão envolvidos com as rotinas dos autos digitais, pois se por um lado houve a inequívoca celeridade no trâmite dos autos digitais nas secretarias dos foros, por outro ângulo, gerou um acúmulo de processos para desembaraçar os despachos judiciais, resultando assim, uma certa morosidade da etapa decisória do curso processual.

Em suma, analisando-se os resultados divulgados pelo Relatório Justiça em Números do CNJ, até o momento, a implantação do processo efetivamente resultou na celeridade processual. A estatística revela que, mesmo com o processo eletrônico, ainda existe uma margem de 70% dos autos judiciais em retenção nas varas forenses do Brasil.

Contudo, a cada dez novos processos que são distribuídos no ano letivo, apenas três estão sendo julgados, enquanto sete aguardam a decisão judicial. Por conta desse dado, o número de processos que aguardam decisão na Justiça ainda é alto, somando, aproximadamente, uma quantia de mais de noventa e três milhões de processos judiciais ativos no Brasil.

Afirma-se que apesar dos esforços, o magistrado, sobretudo em primeira instância, não está conseguindo dar vazão ao volume de processos que são a ele distribuídos e que demandam celeridade em suas decisões. Não é mais concebível admitir que apenas uma única pessoa, e não uma equipe que o auxilie, possa acabar com o tamanho no volume de informações, por mais que tenha produtividade.

Revela-se a nitidez que a implantação do processo eletrônico somada à falta de governança dos tribunais, vem causando efeitos colaterais inclusive nos próprios magistrados, que ao invés de estarem engajados nesta mudança cultural, por conta de uma conduta inapropriada, estão ficando enfermos com a implantação do processo eletrônico e não geram resultados esperados na produtividade.

Desta forma, informa-se que foram realizados estudos científicos neste sentido. Em junho de 2011, a Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul (Ajuferg), realizou uma pesquisa com o objetivo de diagnosticar a percepção dos magistrados federais do estado quanto às suas condições de saúde e quanto aos recursos de informática disponibilizados para a prestação jurisdicional.

Diante disso, os resultados apresentados foram impressionantes, foi destacado alguns itens que revelam mais uma vez a ausência de governança nos tribunais quanto a fomentar o engajamento dos magistrados na adesão ao uso dos sistemas.

Vale ressaltar, que o estudo, apresentou que o objetivo não era levantar uma bandeira contra o processo eletrônico, muito menos apontar os responsáveis pelo problema, mas sim ecoar um alerta que a tecnologia não vem sendo empregada nas práticas processuais para causar o maior benefício, ou seja, um conforto pessoal a cada usuário, a produtividade pessoal e economia no sentido amplo.

Indubitavelmente, relata-se que na pesquisa o clamor dos magistrados, se faz na qualidade de usuários do sistema de processo eletrônico, sob um aspecto genérico, coincidindo dessa maneira com as mesmas súplicas dos advogados, peritos, representantes do Ministério público e demais atores processuais.

Os principais destaques revelados foram: os magistrados estão se tornando reféns dos sistemas de informática e a jurisdição submetida à administração, existe treinamento insuficiente de juízes e servidores, percebe-se o atendimento inadequado às demandas e solicitações dos juízes, é manifesta a inadequação das ferramentas e equipamentos postos à disposição dos magistrados e necessários à prestação jurisdicional.

Nessa ambiência, pode-se dizer ainda, que neste elenco foram detectados problemas frequentes de lentidão do sistema e instabilidade de conexão, registrou-se queixas frequentes de desconforto, mal-estar e adoecimento dos magistrados que obrigatoriamente têm de usar e manusear o processo eletrônico.

As adversidades encontradas visavam buscar soluções de saúde e bem-estar dos juízes enquanto usuários do processo eletrônico; bem como pleitear aos órgãos competentes condições para jurisdição com qualidade e celeridade.

É preocupante que em menos de quinze anos após a promulgação da lei que possibilitou a implantação do processo eletrônico, os gestores dos tribunais que deviam praticar a gestão de suas atividades lastreados nos princípios básicos na

governança de tecnologia da informação resistam em refletir sobre estes relatos alarmantes que causam tamanho desconforto aos usuários do processo eletrônico.

A crítica sustentada pela OAB, na defesa das prerrogativas dos advogados e, sobretudo pela defesa dos direitos do cidadão, alinha e endossa este desconforto revelado pelos próprios magistrados que foram alvo destas pesquisas de satisfação sobre a implantação do processo eletrônico.

Em suma, o destaque se faz na fala de que se não houver uma reavaliação do modelo atual dos sistemas de práticas processuais por meio eletrônico, o encargo operacional cotidiano imposto aos efetivos operadores não vai alcançar as metas pretendidas e gerar produtividade nas suas diversas jurisdições. Muito pelo contrário, com o tempo serão potencializados os sintomas que o modelo atual é inapropriado à saúde dos magistrados e demais autores processuais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na nossa Constituição Federal, tem por destaque no Artigo 5º, XXXV que o acesso à justiça, onde a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário, lesão ou ameaça ao direito, e desta forma, o Processo Judicial Eletrônico, torna-se um ratificador dessa premissa constitucional.

Consequentemente, o processo eletrônico tem por contribuição uma evolução processual, posto que sua efetivação na aplicabilidade atua positivamente. Essa medida reduz, significativamente, os custos e apresenta um processo mais rápido e moderno, sem, contudo, reduzir ou negligenciar os direitos e garantias individuais e fundamentais inerentes à Justiça.

Antagonicamente, importante se faz salientar que os juristas brasileiros necessitam se modernizar e afastar teorias e preconceitos que somente levam ao retrocesso e ao caos, isto é, não se deve observar e julgar os institutos somente e suas falhas, é necessário mudar para se obter uma evolução, e os comentários e as críticas devem ser elementos norteadores com o propósito de aprimorar o próprio direito, e dessa maneira, consequentemente, melhorar a própria sociedade.

Observa-se ainda algumas desvantagens nessa instrumentalização do Processo Judicial Eletrônico, e devem ser apontadas com o intuito de serem

plenamente corrigidas em tempo oportuno, ainda assim, diante das falhas, destaca-se que são muito pequenas frente aos grandes benefícios do processo eletrônico.

Sabe-se ainda, que o elemento norteador para o sucesso e eficácia do processo eletrônico está na gestão, na governança; que necessita se moldar e se adaptar às mudanças, não é e nunca será uma tarefa fácil, contudo, sempre será um caminho importante para os que almejam uma nação justa, democrática e moderna.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21. set. 2019.

_____. **Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 21. set. 2019.

_____. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21. set. 2019.

PICCINI, Fábio. **Manual Prático do Peticionamento Eletrônico**. 2. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2015.

GOIÁS, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Projudi GO**. Disponível em: <<https://projudi.tjgo.jus.br/>>. Acesso em: 13 out. 2019.

MANUAL DO ADVOGADO. Disponível em: <http://www.pje.jus.br/wiki/index.php/Manual_do_Advogado>. Acesso em: 27 set. 2019.

MATO GROSSO, Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **PJe**. Disponível em: <<http://portal.trt23.jus.br/portal/processo-judicial-eletr%C3%B4nico>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **e-SAJ**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>. Acesso em: 02 out. 2019.

CAPÍTULO 06

DESLIGAMENTO INSTITUCIONAL NOS CASOS DE REINSERÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA FAMÍLIA NATURAL: UM ESTUDO SOBRE O MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA/MS

Tainá Santos de Oliveira

Graduada em Direito Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL / AEMS
E-mail: tainasoliver@hotmail.com

Larissa Satie Fuzishima Komuro

Mestre em Direito, coordenadora do curso de Direito das Faculdades Integradas Rui Barbosa – FIRB, advogada
E-mail: larissakomuro@yahoo.com.br

Resumo: O acolhimento institucional é uma medida de proteção aplicada quando há ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente. Dessa forma, o estudo rege-se em uma análise sobre desligamento institucional nos casos de reinserção dos acolhidos na família natural. O objetivo da pesquisa consiste em demonstrar a necessidade de um olhar mais atento aos casos de reinserção, bem como os de adoção, tendo em vista que a introdução destes indivíduos em uma família que não está apta para acolhê-los pode causar danos irreparáveis. A reinserção, que é uma das maiores causas de desligamento institucional, apresenta muitas falhas, e em determinados casos expõe ao risco a vida do acolhido permitindo que este volte para o seu lar, mesmo sem a devida restauração da família, que por meio de omissão ou de atos graves ocasionou seu acolhimento. No intuito de demonstrar esta situação elencada, realizou-se pesquisa de campo no acolhimento institucional Casa Acolhedora Doce Lar do município de Brasilândia/MS.

Palavras-chave: Acolhimento Institucional; Criança e Adolescente; Família Natural; Reinserção.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dentre outras garantias, assegura em seu artigo 227, que é dever da família, sociedade e Estado resguardar os direitos da criança, adolescente e jovem. A priori é importante destacar dois pontos principais que norteiam esta pesquisa. O primeiro ponto diz respeito aos diretos à convivência familiar e comunitária e ao respeito. O segundo ponto tem fulcro na necessidade de salvar as crianças e adolescentes de toda forma de negligência.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança em seu artigo 9, parágrafo primeiro, impõe aos Estados Partes que zelem pelos direitos das crianças editando normas e criando medidas legais que assegurem a devida proteção a estes indivíduos.

Artigo 9

Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança (BRASIL, 1990).

Destarte, a legislação brasileira cumpriu seu papel no que tange a elaboração de medidas de proteção infantojuvenil. Os artigos 98 e 101, incisos VII, VIII, IX e parágrafos 1º, 2º e 4º da Lei 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente descrevem estas garantias.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
VII - acolhimento institucional;
VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
IX - colocação em família substituta.

§ 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

§ 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Pùblico ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.

§ 4º Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei (BRASIL, 1990).

Conforme supramencionado pelo dispositivo legal, serão aplicadas medidas de proteção à criança e ao adolescente quando estes forem submetidos a situações de risco e quando seus direitos estiverem ameaçados. Como já destacado anteriormente estas ações são pautadas, dentre outras circunstâncias, quando se é verificada a negligência dos pais ou responsáveis ou do Estado.

Assim, quando os direitos dos infantes e jovens não estão sendo respeitados pelos pais ou responsáveis, o Estado intervém e vale-se de medidas excepcionais, como o acolhimento institucional. O acolhimento de crianças ou de adolescentes é quase sempre uma situação traumática, mas necessária para evitar prejuízos ainda maiores (TJ/PR, 2017, p. 11).

O acolhimento institucional mesmo possuindo caráter provisório tem sido uma alternativa utilizada recorrentemente pelo Estado. No entanto, a prioridade observada pela Lei, judiciário e assistência social é a convivência familiar e comunitária, contudo na maioria das vezes esta escolha expõe ao risco a vida do acolhido permitindo que este volte para o seu lar, mesmo sem a devida restauração da família, que por meio de omissão ou de atos graves ocasionou seu acolhimento.

Outra alternativa tem sido o acolhimento familiar, a família extensa ou a família substituta, uma vez que o objetivo principal é manter a criança e o adolescente no seio de uma família para que estes se desenvolvam de forma plena.

Cabe ressaltar que a colocação em família substituta é uma importante possibilidade na garantia da convivência familiar e comunitária, entretanto, é preocupante que ela esteja se tornando a principal estratégia de reinserção familiar diante da negligência do Estado com as famílias pobres (PAIVA; MOREIRA; LIMA, 2019, p.1421).

As políticas públicas que visam garantir os direitos previstos no artigo 227 da Constituição Federal e demais diplomas legais pautam-se no direito legítimo, na justiça e na proteção, todavia não possuem eficácia plena. Há muitas falhas e muitas lacunas a serem preenchidas, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais básicas, como direito à saúde, moradia, segurança e educação. Além disso, a falta de ações concretas para a superação da pobreza pode contribuir para a reincidência ou cronificação dos motivos que provocaram o acolhimento das crianças e adolescentes (PAIVA; MOREIRA; LIMA, 2019, p.1420).

Desta forma, é inquestionável a importância de se fortalecer os vínculos familiares, os vínculos comunitários, as redes de apoio dos indivíduos envolvidos em situação de acolhimento para que estes possam se sentir acolhidos também no momento do desligamento institucional. Entretanto, a realidade aponta que as políticas públicas ainda não oferecem embasamento teórico, prático, para que tais ações sejam de fato executadas, há desarticulações entre os diversos setores sociais que deveriam assumir tais papéis em sistema de parceria, o que se encontra são ações “solitárias” que agem entre ensaios e erros. Há muito que se fazer, analisar, pesquisar, compreender, desenvolver, criar no âmbito das Instituições de Acolhimento para que estas consigam ser instrumentos de ações voltados ao cumprimento de sua função social de medida protetiva, de caráter provisório e excepcional (BENETTI; BRINO, 2016, p. 153).

Os casos que exigem aplicação de medidas protetivas geram nos acolhidos grande transtorno psicológico, principalmente quando por descuido ocorre a reinserção em família que não está preparada para garantir uma vida digna a sua prole.

Nesse sentido, é pertinente que cada caso seja amplamente estudado para que a melhor opção seja escolhida para estes seres humanos que estão iniciando suas vidas, mas que já enfrentam enormes batalhas. Por isso, faz-se necessário maior rigor na elaboração de relatórios que estruturam a decisão do juiz em mantê-los em acolhimento institucional, encaminhá-los a adoção ou reinseri-los em suas famílias naturais, para evitar erros que podem marcar para sempre a vida destes inocentes.

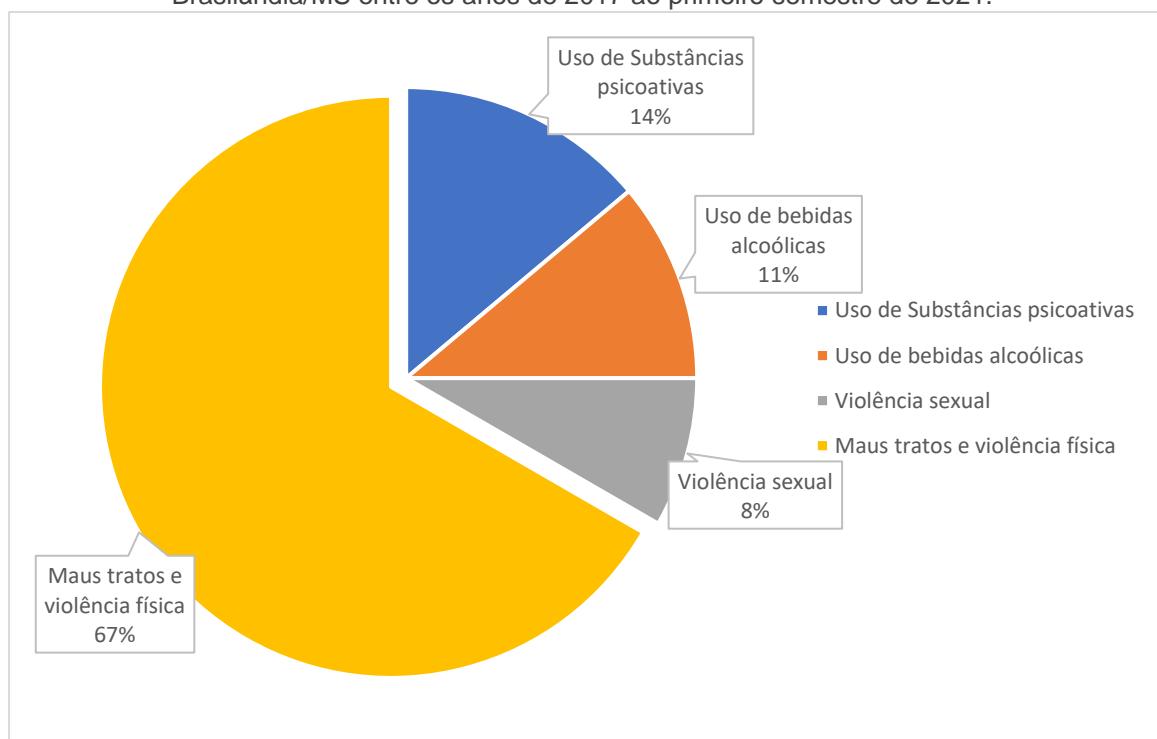
2. RESULTADOS

Através da pesquisa, os resultados obtidos despertaram um alerta acerca da negligência, seja por parte dos pais irresponsáveis, que pela ingestão de bebidas alcoólicas ou pelo consumo de substâncias psicoativas tornam-se violentos e agridem, espancam, maltratam, rejeitam e abandonam seus filhos, seja por parte da assistência

social e do judiciário que cumprindo a lei, determinam que os acolhidos voltem a conviver com a família natural que não foi suficientemente recuperada, expondo-os aos mesmos problemas já enfrentados e sujeitos a um novo acolhimento.

O município de Brasilândia/MS é apenas um recorte nacional para demonstrar este agravante social que necessita urgentemente de medidas mais eficazes. Os dados deste município de aproximadamente 11.853 habitantes (IBGE, 2020) escancaram a realidade enfrentada dentro de todo território brasileiro.

Gráfico 1: Principais causas de acolhimento institucional de crianças e adolescentes no município de Brasilândia/MS entre os anos de 2017 ao primeiro semestre de 2021.



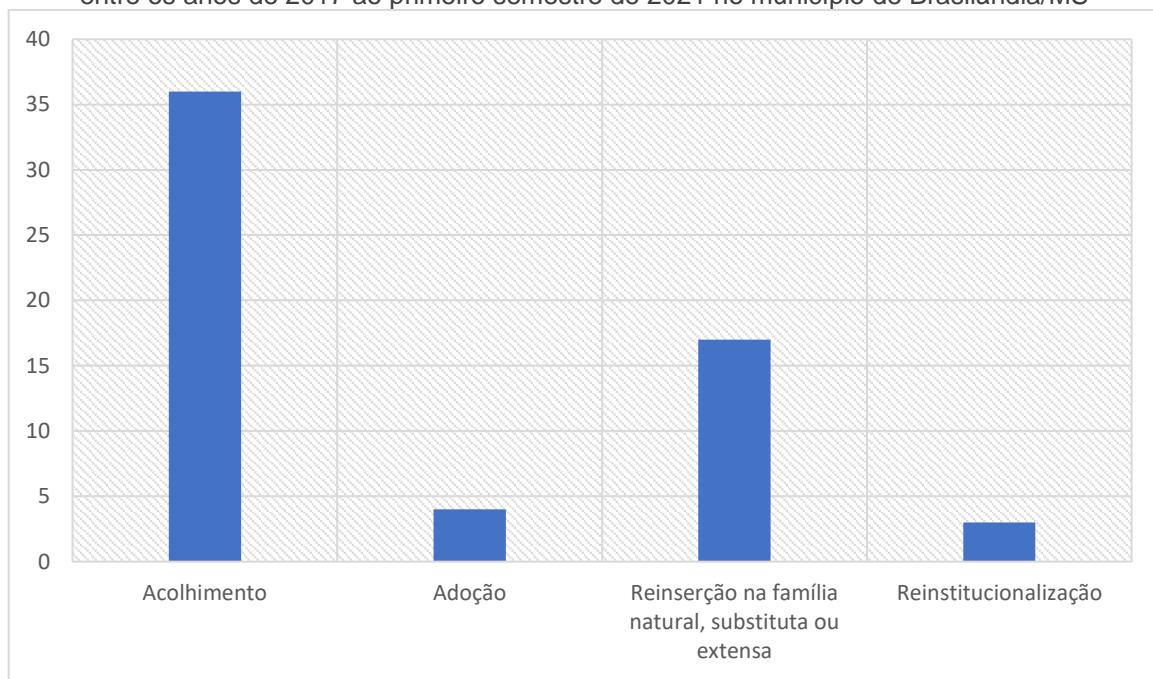
Fonte: Os autores.

Embora seja uma cidade pequena quando comparada a outros municípios, Brasilândia localizada no interior do estado de Mato Grosso do Sul, apresenta números preocupantes e estes dados apontam para um problema antigo, a desigualdade social. Problema este que gera reflexos nas famílias e principalmente nas crianças.

De acordo com o levantamento na Casa Acolhedora Doce Lar, nos últimos anos (2017 ao primeiro semestre de 2021) os principais motivos de acolhimento institucional consistem em: Maus tratos – 22 casos, abuso sexual – 3 casos, agressão

física – 2 casos, uso de substâncias psicoativas (pelos pais ou responsáveis) – 5 casos e uso de bebidas alcoólicas (pelos pais ou responsáveis) – 4 casos.

Gráfico 2: Número de crianças e adolescentes acolhidos, adotados, reinseridos e reinstitucionalizados entre os anos de 2017 ao primeiro semestre de 2021 no município de Brasilândia/MS



Fonte: Os autores.

Nesse contexto, também é válido destacar o número de crianças e/ou adolescentes acolhidos em comparação ao número de adoção, reinserção na família natural e inserção em família extensa ou substituta e os casos de reinstitucionalização. Conforme determina a legislação, o dever de proteção a estes indivíduos é de todos.

A medida emergencial, excepcional e provisória tomada pelo Estado é o acolhimento. Durante os anos em que ficam institucionalizados, estas vítimas acolhidas criam laços, desenvolvem amizades e afetos e às vezes encontram mais carinho e proteção do que tinham antes, entretanto os ditames legais são claros ao mencionarem que a prioridade é a família de origem e que o máximo de tempo de institucionalização é de 2 anos, de acordo com o Estatuto de Criança e do Adolescente.

Outro ponto que merece destaque é o número de crianças e adolescentes acolhidos, adotados, reinseridos e reinstitucionalizados entre os anos de 2017 ao primeiro semestre de 2021 no município de Brasilândia/MS. Foram acolhidas 36 crianças e/ou adolescentes, deste total 17 voltaram para a família natural ou extensa,

4 foram adotados e 3 foram reinstitucionalizados, ou seja, foram acolhidos, voltaram para família de origem e posteriormente foram institucionalizados pela segunda vez.

Os números são bem claros e objetivos, no topo do *ranking* o número elevado de acolhimentos, o que indica que 36 vezes o Estado precisou intervir na família para resgatar uma vítima e protege-la dos próprios pais ou responsáveis, sem esquecer de mencionar os motivos cruéis que levaram esta intervenção.

Destas 36 vítimas, 17 ainda voltaram para casa na esperança de que encontrariam um novo lar com pessoas realmente responsáveis e comprometidas com eles, contudo 3 destes tiveram suas expectativas frustradas, sofreram grandes castigos e precisaram ser novamente acolhidos. Os 4 restantes foram adotados, arriscando a sorte de serem bem tratados e efetivamente acolhidos ou então correndo o risco de serem rejeitados.

Diante do exposto, é evidente que ainda há um longo caminho a ser percorrido no que tange a plena proteção e respeito aos direitos das crianças e adolescentes. Esta questão é uma pauta nacional que já tem refletido negativamente em municípios menos populosos, como o em estudo.

3. METODOLOGIA

A metodologia desenvolveu-se através de pesquisa de campo no acolhimento institucional: Casa Acolhedora Doce Lar do município de Brasilândia/MS, bem como a consulta de normas legais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em especial os artigos 98 e 101, VII, Constituição Federal com fulcro no artigo 227 e Tratados Internacionais como: Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e também leitura de periódicos relevantes ao tema.

4. CONCLUSÃO

Conforme todos os dados apresentados, é possível constatar um grande impasse no tocante a execução dos mandamentos legais frente a realidade enfrentada por muitas famílias, crianças e adolescentes. A desigualdade social gera

consequências devastadoras, este é apenas um exemplo dentre muitos decorrentes deste agravante.

O acolhimento institucional é um direito, uma medida protetiva, excepcional e provisória que visa resguardar os direitos na infância e juventude. Mas, como visto é somente um paliativo que não é 100% eficaz e que quando malsucedido, causa danos irreversíveis na vida destas vítimas. Também foi alvo de destaque a família extensa ou substituta como uma forma de proteção aos pequenos quando a família natural é de impossível restauração.

Neste prisma, é válido destacar a adoção como uma possibilidade, alternativa ou oportunidade de construção de uma nova vida, contudo o acompanhamento das autoridades competentes em todas as medidas de proteção à criança e ao adolescente é imprescindível.

Todavia, mesmo com tantas soluções o problema não consegue ser resolvido. A grande incógnita é: A proteção dos direitos da criança e do adolescente é dever de todos, mas se o sistema não funciona de quem é a culpa? Quem poderá ser responsabilizado pelos traumas que estas crianças carregarão por toda vida? Se há tantas medidas, por que elas não são eficazes? Enquanto estas e outras incógnitas não encontram respostas os mais prejudicados são as crianças e os adolescentes, inocentes e indefesos, vítimas de seus próprios direitos.

REFERÊNCIAS

- _____. Decreto-Lei Nº 99.710, de 21 de novembro 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm
- _____. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
- _____. Tribunal de Justiça do Paraná. Corregedoria-Geral da Justiça. Manual de Acolhimento Familiar. Biênio 2017 2018. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/4588702/Manual+de+Acolhimento+Familiar+Orienta%C3%A7%C3%B5es+Iniciais/c28d62b6-0f50-242b-4f50-8d3acb0f303c>>
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE, 2020. Disponível em:
<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ms/brasilandia.html>
- BENETTI, Daniela Simões; BRINO, Rachel de Faria. Análise do Processo de Desligamento Institucional. *Journal of Research in Special Educational Needs*. Vol. 16, number s1, 2016, 150 154. DOI: 10.1111/1471 3802.12276. Disponível em: <<https://nasenjournals.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1471-3802.12276>>
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicao.htm
- PAIVA, Ilana Lemos; MOREIRA, Tabita Aija Silva; LIMA, Amanda de Medeiros. Acolhimento Institucional: famílias de origem e a reinstitucionalização. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 10, N.02, 2019 p. 1405 1429. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/TfwJCF3CZfLs474TBS7nZHm/?format=pdf&lang=pt>>

CAPÍTULO 07

A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL NOS CONTRATOS DE TRABALHO E SUA APLICABILIDADE

Ana Paula Rodrigues Alves

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Londrina/PR

E-mail: paula_alves04@hotmail.com

Resumo: Esse ensaio científico aborda sobre aplicabilidade da subordinação estrutural no sistema jurídico brasileiro. A doutrina predominante aponta que a ideia de subordinação está intrinsecamente associada à ideia de submissão, decorrente da interpretação dos artigos 2º e 3º da CLT. Entre os defensores da teoria da subordinação estrutural está o professor e ministro do TST, Maurício Godinho Delgado que enfatiza que o conceito de subordinação clássico já não ampara as diversas formas de prestação de trabalho, como terceirização e teletrabalho. A jurisprudência também era no sentido de amparar os trabalhadores, que, independentemente das formalidades adotadas na contratação, ante o princípio da primazia da realidade, ensejava o reconhecimento do vínculo de emprego. Entretanto uma nova corrente da jurisprudência vem modificando este entendimento, não reconhecendo o vínculo decorrente da chamada subordinação estrutural.

Palavras-chave: Subordinação Estrutural; Contrato de Trabalho; Relação de Emprego.

Abstract: This scientific essay addresses the applicability of structural subordination in the Brazilian legal system. The prevailing doctrine points out that the idea of subordination is intrinsically associated with the idea of submission, arising from the interpretation of articles 2 and 3 of the CLT. Among the defenders of the theory of structural subordination is the professor and minister of the TST, Maurício Godinho Delgado, who emphasizes that the classic concept of subordination no longer supports the various forms of work provision, such as outsourcing and telework. The jurisprudence was also in the sense of supporting workers, who, regardless of the formalities adopted in hiring, in view of the principle of primacy of reality, gave rise to the recognition of the employment relationship. However, a new current of jurisprudence has been modifying this understanding, not recognizing the link resulting from the so-called structural subordination.

Keywords: Structural Subordination; Employment Contract; Employment Relationship.

1. INTRODUÇÃO

No direito do trabalho, a ideia de subordinação está intrinsecamente associada à ideia de submissão. Sem previsão explícita no código de leis trabalhistas, decorre de interpretação dos artigos 2º e 3º da CLT. Há diversas tipologias para a caracterização da subordinação em relação ao contrato de trabalho, como dependência econômica, técnica e jurídica.

Na Europa, a concepção de subordinação no contrato de trabalho está ligada à ideia de autoridade e submissão, sendo esta sua característica essencial e não a dependência econômica propriamente dita. Acerca do tema, Alan Supiot⁶⁴ defende a reconstrução da subordinação jurídica, voltada para a construção de um mercado comum e a efetiva proteção do trabalhador.

Para Amauri Mascaro Nascimento⁶⁵, a "teoria da subordinação nasceu do direito italiano clássico, com a contribuição doutrinária de Ludovico Barassi, para distinguir o trabalho do operário da indústria europeia da locação de serviços das teorias civilistas da época.

Na doutrina portuguesa, Pedro Romano Martinez⁶⁶ ressalta que "a dependência econômica não caracteriza o contrato de trabalho".

No Brasil, Maurício Godinho Delgado⁶⁷ defende o fenômeno sobre uma óptica objetiva, com subordinação ao poder de direção empresarial. Entre todos esses elementos, o que ganha mais proeminência entre a doutrina e a jurisprudência é a subordinação por dependência jurídica, pois calcada na submissão do empregado à autoridade, poder de direção e comando do empregador.

Sendo o direito um fenômeno dinâmico, com a evolução da sociedade e as novas modalidades de trabalho, necessitava da adaptação do elemento jurídico da subordinação, a fim de que atenda ao novo cenário do mercado de trabalho. Assim, a subordinação passou por modificações e interpretações de sua concepção clássica.

Surge, então, a teoria da subordinação estrutural, apoiada na dependência da estrutura organizacional da empresa e laboração do empregado com foco na essência

⁶⁴ SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Segunda Parte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 145.

⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 209.

⁶⁶ MARTINEZ, Pedro Romano et al. **Código do Trabalho Anotado**. Coimbra: Almedina, 2019, p. 105.

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Capítulo IX. São Paulo:LTr, 2019.

da atividade empresarial. Logo, não há mais a obrigação de ordem direta do empregador, que apenas cumpre o papel de ordenador de produção e resultados.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

A questão da subordinação estrutural, analisada pelos críticos, traz questionamentos sobre em quais casos a subordinação estrutural deve ser ou não aplicada, bem como a problemática da generalização demasiada nos casos de subordinação.

A crítica doutrinária sustenta que a aplicação indiscriminada impacta em enormes prejuízos para as empresas, visto que poderia ser usada como recurso para a vinculação empregatícia indevida.

Dentre os críticos, doutrinam Robortella e Peres⁶⁸, ao afirmarem que trabalhadores autônomos, donos de seu próprio meio de produção e com relativa liberdade sobre a execução de seu serviço, não se confundem com a subordinação jurídica. Para os autores, adotar o conceito de subordinação estrutural em qualquer situação fática acarretaria um resultado danoso às empresas.

Em consoante advertência, Almir Pazzianotto Pinto⁶⁹ destaca que a teoria da subordinação estrutural é “um dos condenáveis modismos geradores de insegurança”. Prossegue afirmando que esse modismo gera insegurança e passivos inesperados para o contratante, “*subitamente transformando, por sentença judicial, em empregador de quem não é*”.

De outro lado, o professor e ministro do TST, Maurício Godinho Delgado⁷⁰, grande defensor desta teoria, enfatiza que o conceito de subordinação clássico já não ampara as diversas formas de prestação de trabalho, como terceirização e teletrabalho. Esses trabalhadores vinham sendo marginalizados da proteção trabalhista, em razão da grande dificuldade de demonstrar a subordinação presente. Para ele, a subordinação estrutural estaria revestida de ideologia protetiva do trabalho,

⁶⁸ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim e PERES, Antônio Galvão. **Subordinação estrutural na terceirização de serviços.** Subversão *in A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015, p. 178.

⁶⁹ PINTO, Almir Pazzianotto. **Subordinação estrutural e a legislação trabalhista** *in A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015, p. 33.

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Capítulo IX. São Paulo:LTr, 2019, p. 65.

cuja proposta seria alargar a incidência da tutela trabalhista àqueles profissionais que, embora autônomos, não são independentes e, por isso, necessitam de amparo das leis trabalhistas.

3. APLICAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

Na aplicação da subordinação estrutural, verifica-se na prática que esta não substituiu a subordinação clássica, mas trouxe um viés mais amplo que abarca situações não contempladas pela primeira, assegurando direitos a trabalhadores que, antes, estavam excluídos desta proteção.

O Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento reconhecendo a existência de vínculo empregatício, quando evidenciado que as atividades desenvolvidas pelo trabalhador se destinavam a atingir o objetivo social da empresa, caracterizando a subordinação estrutural.

Nessa senda, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Recurso Ordinário⁷¹, traz à baila a subordinação estrutural do motorista de caminhão contratado como autônomo, com destaque à realidade fática:

De acordo com os artigos 2º e 3º da CLT, o vínculo de emprego exige que o trabalho seja prestado por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação. A esses elementos expressamente previstos se acresce a alteridade. A prova dos autos indica a presença desses elementos, o que enseja o reconhecimento do vínculo de emprego, independentemente das formalidades adotadas na contratação, ante o princípio da primazia da realidade sobre as formas. No caso dos autos, também restou demonstrado que a atividade desempenhada pelo trabalhador se inseria na atividade-fim da ré (transporte de cargas), bem como que o obreiro cumpria as rotas predeterminadas pela transportadora, com horários determinados para carregamento, descarregamento e descansos, estando inserido na dinâmica e organização impostas pela primeira reclamada (subordinação objetiva e estrutural). Por isso, não obstante o artigo 5º da Lei 11.442/2007 disponha que as relações decorrentes do contrato de transporte de cargas são de natureza comercial e não ensejam a caracterização de vínculo de emprego, tal hipótese apenas é aplicável nos casos em que cumpridos integralmente os requisitos legais, situação não verificada no caso em análise.

Entretanto, uma nova corrente da jurisprudência vem modificando este entendimento. A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, em recente disposição, que a subordinação estrutural não é elemento caracterizador de emprego.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário 12802-2014-013-00-00-3- ACO-23250-2017- 3ª Turma.** Disponível em: www.trt9.jus.br Acesso em: 02 out. 2021.

De acordo com o colegiado da Quarta Turma, todo empregado submete-se à atividade empresarial, de forma direta ou não, e a empresa, sendo a beneficiária do objeto do contrato, pode supervisionar o resultado e a execução da prestação de serviços, sem que isso se caracterize relação empregatícia.

É amplamente conhecido que os elementos caracterizadores do vínculo de emprego são aqueles previstos no artigo 3º da CLT. Assim, a relação de emprego estará presente quando comprovada a não eventualidade dos serviços prestados, a pessoalidade do trabalhador contratado, a subordinação jurídica e a onerosidade. Ausente um desses requisitos, não há que se falar em vínculo de emprego, e sim em relação de trabalho por meio de atividade em sentido estrito. Ressalte-se que o fato de as reclamadas estabelecerem diretrizes e aferirem resultados na prestação dos serviços não induz a conclusão de que estaria presente a subordinação jurídica.

Isso porque todo trabalhador se submete, de alguma forma, à dinâmica empresarial de quem contrata os seus serviços, em razão de ser ela (a empresa) a beneficiária final dos serviços prestados pelo trabalhador. Sendo assim, pode ela perfeitamente supervisionar e determinar a forma de execução das atividades, não cabendo para a espécie o reconhecimento de vínculo decorrente da chamada subordinação estrutural[...]⁷².

Outra variável relevante no estudo diz respeito ao tema de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 958.252, decidiu pela licitude da terceirização. Já o STF⁷³ erigiu tese no sentido de que “é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando em relação ao emprego entre a contratante e o emprego da contratada”.

Na linha dos precedentes firmados pelo STF, o reconhecimento de vínculo com a empresa contratante somente se dará quando configuradas pelo Tribunal Regional a pessoalidade e a subordinação hierárquica direta do trabalhador aos pressupostos da tomadora de serviços, sendo insuficiente a constatação da mera subordinação de estrutura característica da própria terceirização.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-181500-25.2013.5.17.0008. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em 02 out. 2021.

⁷³ RR-2179-30.2012.5.03.0016, 6ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 27/08/2021.

Há controvérsia sobre a teoria da subordinação estrutural e os fundamentos que a justificam no contexto das novas nuances do trabalho, em que pese haver uma grande corrente favorável à sua aplicação, ainda assim, percebe-se um movimento maior da jurisprudência, no sentido de rechaçar essa teoria, afastando o reconhecimento do vínculo empregatício especialmente nos terceirizados.

De tal modo, chega-se à compreensão de que a teoria da subordinação estrutural reveste-se de ideologia protetiva a trabalhadores antes afastados pela concepção clássica e, embora exista um risco na aplicação indiscriminada, na maior parte é positiva, visto que possui maior adequação ao princípio protetor como premissa básica das relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário 12802-2014-013-09-00-3- ACO- 23250-2017-** 3ª Turma. Disponível em: www.trt9.jus.br Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 181500-25.2013.5.17.0008.** Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Publicado em 16.04.2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Recurso Ordinário 12802-2014-013-09-00-3- ACO- 23250-2017-** 3ª Turma. Disponível em: www.trt9.jus.br Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR-181500-25.2013.5.17.0008.** Disponível em: <http://www.tst.gov.br> Acesso em 02 out. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** Capítulo IX. São Paulo:LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho.** São Paulo: Revista LTr, vol. 70, nº 6, junho/2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINEZ, Pedro Romano et al. **Código do Trabalho Anotado.** Coimbra: Almedina, 2019.

PINTO, Almir Pazzianotto. Subordinação estrutural e a legislação trabalhista. In: **A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa.** Porto Alegre: Lex Magister, 2015.

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho.** Segunda Parte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, ps. 145-238.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim e PERES, Antônio Galvão. Subordinação estrutural na terceirização de serviços. Subversão. In: **A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa.** Porto Alegre: Lex Magister, 2015.

CAPÍTULO 08

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIREITO E HUMANOS

Thaís Assunção Nunes

Mestra em Direito Constitucional Econômico. Especialista em Direito Civil. Advogada. Professora no curso de Direito, do Centro Universitário Cathedral, Professora pesquisadora vinculada ao programa de Iniciação Científica; Barra do Garças – MT

E-mail: thais.assuncao@unicathedral.edu.br

Vanessa C. Moreira Carvalho

Mestra em Direito Constitucional Econômico. Licenciada em História. Advogada Professora no curso de Direito, do Centro Universitário Cathedral, Professora pesquisadora vinculada ao programa de Iniciação Científica; Barra do Garças – MT

E-mail: vanessacristinamoreira@hotmail.com

Gisele S. Lira de Resende

Doutora em Educação com Pós-doutorado em Educação e Saúde. Bacharela em Serviço Social e Licenciada em Pedagogia. Coordenadora do Núcleo de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão. Professora nos cursos de Direito e Pedagogia, do Centro Universitário Cathedral, Barra do Garças – MT

E-mail: gisele.lira@unicathedral.edu.br

Resumo: Texto resultante do ciclo de palestras apresentado no I Congresso Direito e Humanos, promovido pelo Centro Universitário Cathedral, em outubro de 2019, que discute a violência contra mulher em um âmbito social, histórico, cultural e legal. Embora a legislação brasileira seja uma das mais bem elaboradas, no que tange a proteção à mulher, os dados apresentados pelos palestrantes e pelos órgãos governamentais observam uma crescente de mulheres que sofrem agressão, de diferentes formas, no âmbito doméstico e/ou intrafamiliar, o que torna esse fenômeno um problema de saúde pública. Como aporte teórico balizou-se na legislação brasileira vigente, bem como autores que discutem a temática, tais como Saffioti (1994) e Nascimento (2001). Dessa feita, apresentou-se aqui, as diferentes impressões dos estudiosos do tema, com vistas à reflexão sobre o que se tem de mais caro: a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Violência; Mulher; Enfrentamento.

Abstract: This text is the result of lecture series introduced on I Law and Humans Congress, promoted by Centro Universitário Cathedral, on October 2019, which discusses violence against women in a social, historical, cultural and legal context. However, the Brazilian legislation is one of the best elaborated, when it comes to protecting women, the data presented by the speakers and the government it observes a growing number of women who suffer aggression, in many ways, domestic and/or intra-familiar, becoming a public health problem. As a theoretical contribution to Brazilian legislation, as well as authors who discuss the theme, Saffioti (1994) and

Nascimento (2001) for example. Concludes, it was present here, the different impressions of the scholars of the theme, with the critical reflection about what is the most expensive: the dignity of the human person.

Keywords: Violence; Woman; Coping.

1. INTRODUÇÃO

Tratar de questões que referem ao gênero humano implica imiscuir na pluralidade de relações sociais pertencentes na sociedade. Igualmente, torna-se necessário reportar-se aos aspectos intrínsecos e extrínsecos orientadores dessas relações eminentemente desiguais.

Ao debater a temática da violência de gênero é preciso localizar, historicamente, quais os agentes causadores das disparidades existentes na coletividade.

Sabe-se que o patriarcalismo e os valores arraigados em si, são os ensejadores de sua prática efetiva, dentre os quais a subordinação e a domesticidade da mulher, estão entre os responsáveis por desencadear a disparidade de gênero. É nesse universo das discrepâncias entre os sexos que se localiza a violência de gênero, esboçada em uma sociedade estruturada no poder, na dominação e na subordinação da mulher pelo homem.

A partir dessas demandas, em outubro de 2019, o Curso de Direito, do Centro Universitário Cathedral promoveu o I Congresso Jurídico Direito e Humanos, no qual foi possível, em dois dias, discutir as diferentes interfaces da Violência contra Mulher.

Para dar corpo às reflexões, contou-se com a presença de autoridades no assunto, tais como Dr^a. Andréa Cristiane Oliveira Costa Guirra, Presidente da Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica e Investigadora de Polícia da Delegacia Especializada em Violência contra Mulher; Dr^a. Lindalva de Fátima Ramos, Defensora Pública do Estado de Mato Grosso e Membro da Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica. Ainda durante o referido evento científico, os acadêmicos do Curso de Direito, Alessandro Roberto Rodrigues de Freitas, Danielly Borges Cavalcante, Hanna Karolline Sousa de Oliveira, Luiz Antonio Vicensi Sehnem, Willem Wagner de Almeida Garcia, que durante o ano de 2018 e 2019 se debruçaram sobre o assunto, discorreram, com propriedade, sobre o resultado de suas pesquisas que versavam, desde a perspectiva do homem frente à violência contra mulher, as diferentes faces dessa violência até a cultura do estupro em diferentes espaços.

Todas essas atividades foram capitaneadas pelas Professoras do Curso de Direito Prof^a. Dr^a. Gisele S. Lira de Resende e Prof^a. Mestranda Thais Assunção Nunes e Prof^a. Mestranda Vanessa Cristina Moreira Carvalho.

Esse evento foi de suma importância à sociedade Barragarcense, uma vez que é dentro da academia que as mazelas sociais devem ser colocadas em pauta, a fim de que, de modo sério e ajuizado, se obtenha soluções para combater todas as formas de violência que infrinjam os Direitos Humanos.

2. O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

Abordar temáticas alusivas ao gênero humano implica, necessariamente, observar as relações sociais, reportando-se aos aspectos desiguais dessas relações. Deste modo, inicialmente convém identificar, historicamente, os motivos que fomentam as desigualdades de gênero e que incitam a violência entre os indivíduos.

As relações patriarcais, que entre outros aspectos compreendem a domesticidade e a subalternidade da mulher, bem como a forma de organização das relações sociais entre os sexos, representam um reflexo das desigualdades de gênero. Por sua vez, os valores originados nesses fatores são os grandes responsáveis pelo desencandeamento desse tipo de violência que, por sua vez, se situa no universo das desigualdades, delineando uma arraigada estrutura social de poder, dominação e subordinação.

Desde a antiguidade, a disparidade entre os sexos é um fator negativo para o gênero feminino. As características biológicas foram, de forma geral, o fundamento utilizado para justificar a inferioridade e submissão que o sexo feminino deveria ocupar em relação ao masculino. Essa soberania masculina, em menor ou maior grau, esteve presente em diversas formas de organização social, com as peculiaridades de cada período histórico.

Durante séculos, embasados em discursos filosóficos e religiosos, os homens, que foram os responsáveis por escrever a história, enalteceram arbitrariamente as chamadas “fraquezas” femininas, promovendo a inferiorização da mulher na sociedade, comprimindo suas atribuições ao âmbito doméstico. Assim, as funções das mulheres na sociedade não ocorreram de modo repentino, mas foi sendo paulatinamente construída ao longo da história, na qual ao homem foi dado o papel de provedor e mantenedor da segurança. À mulher, foi relegado, apenas, o afeto, o cuidado com os filhos e a casa, função essa pouco suficiente para determinar importância social ao indivíduo.

Com o desenvolvimento do capitalismo, a mulher foi inserida no mercado de trabalho, passando a atuarativamente no orçamento doméstico, retirando do homem o papel de provedor absoluto do lar.

No entanto, apesar da inserção feminina nesse nicho, as discrepâncias entre os sexos persistiram, porque os homens continuaram a ocupar os melhores cargos e, mesmo em casos de cargos iguais não houve (e ainda não há) equiparação salarial. Ademais, ao ingressarem nos cargos mais elevados, as mulheres se tornaram alvos de mais preconceito e de diversos tipos de julgamentos negativos, independente de estar no setor público ou privado.

Por outro lado, o desempenho dessas novas atividades pelas mulheres ampliou suas relações sociais, inserindo-a, inclusive, na política, proporcionando, assim, a oportunidade do debate feminista. Contudo, embora a globalização tenha se encarregado de disseminar a conscientização feminina, não conseguiu extinguir a imposta supremacia do sexo masculino.

A reorganização familiar, também, sofreu alterações no decorrer do tempo, passando a família a ser constituída por identidades sexuais diversas. Se anteriormente a família tradicional era baseada na heterossexualidade e o destino da mulher era apenas ao espaço privado do lar, essa formação vai se descaracterizando, conforme as hodiernas configurações da sociedade.

Certo é que, apesar das transformações sociais, ocorridas paulatinamente, observa-se que não houve alteração significativa, no que tange à desigualdade de gênero, que se desdobra em forma de abusos e diferentes formas de violência praticadas contra as mulheres e pessoas de gêneros diversos.

Num primeiro momento, essa violência surgiu como se fosse medida de proteção e de cuidado, inicialmente, por parte de seu pai, e, posteriormente, por parte de seu marido. Como objeto dessa proteção, a mulher teve que se submeter, muitas vezes, a vontade alheia para se manter incólume. Com o passar dos anos, as mulheres foram ganhando espaço e reconhecimento profissional, se tornaram independente financeiramente e foram à luta em busca de seus direitos, dentre estes, o de ter dignidade. Paralelo a isso, foram criados centros de apoio à mulher, legislação específica, bem como inúmeros mecanismos, com finalidade de coibir qualquer forma de violência contra mulher, haja vista, os altos índices, se tornaram um problema de ordem social.

Como aponta Nascimento, desde 1970 e após a queda do governo militar (1983), os meios de comunicação de massa vêm denunciando a violência contra a mulher e demonstrando esse problema social que, em muitos casos, justificava pela legítima defesa da honra (NASCIMENTO, 2001, p. 128).

Hoje, o Brasil conta com delegacias especializadas para mulheres, legislação específica, bem como outros instrumentos que reforçam o descontentamento social com tal atrocidade.

Abre-se aqui um parenteses para elucidar que no século XXI, essa proteção abrange não só as mulheres, mas, também, outros gêneros. Denota-se, aqui, que o termo gênero é ampliado e envolve outras minorias, também muito massacradas pela sociedade: transexuais, lésbicas, etc. Mas esse é um tema que, por sua densidade, merece ser discutido de maneira mais consistente e profunda, em outro momento.

Voltando às reflexões, essa dominação masculina permanece norteando a sociedade contemporânea e impõe como natural, a desigualdade de gênero, que está arraigada na estrutura social, se mostra presente em algumas legislações, nas expressões culturais, artísticas e está alicerçada em um senso comum, que reproduz comportamentos que se perpetuam de uma geração a outra. Tais condutas ratificam a desigualdade de gênero e corroboram com a violência, que vitimiza as mulheres e os demais indivíduos que não se enquadram no conceito de gênero masculino.

A violência deve ser entendida como a violação da integridade física ou psíquica de qualquer ser humano e que pode causar danos, por vezes irreparáveis, destruindo um projeto de vida. Tal violência, praticada contra a mulher foi, ao longo dos anos, naturalizada no âmbito conjugal. A título de exemplo é possível citar o estupro, muito discutido no Congresso Jurídico Direito e Humanos. O estupro, anteriormente, era considerado uma prática corriqueira no matrimônio e sem tipicidade no Código Penal que responsabilizasse o cônjuge agressor. Esse tipo de violência era velada, em nome da privacidade e da inviolabilidade da família.

Hoje, a legislação traz a proteção da mulher em relação ao estupro, independente, da situação conjugal. E mais, entende-se o estupro não só a conjunção carnal, mas, também, “**constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso**”. (BRASIL, 2009). Dessa forma, observa-se que a legislação avançou e reconheceu a relação de poder inerente ao sexo masculino.

Outro ponto importante a esclarecer é que a violência pode ocorrer em âmbito intrafamiliar, ou seja, quando envolve algum familiar, que possua função parental, independente de laços de consanguinidade, dentro ou fora de casa. Todavia, há a violência doméstica, que pode envolver outras pessoas não parentes, mas que possuem convivência: por exemplo, agregados, empregadas, etc.

Não importa se doméstica ou familiar, trata-se de um fenômeno cruel e atroz que viola os Direitos Humanos, uma vez que fere a integridade da pessoa humana de múltiplas formas: física, moral, sexual e psíquica.

No Brasil, o marco para as ações de enfrentamento à violência de gênero ocorreu em 1985, com a implantação da primeira Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM), em São Paulo. Nesta época, funcionavam em conjunto com as delegacias as Casas Abrigo, local onde as mulheres eram acolhidas, caso estivessem sofrendo ameaças à vida.

A edição da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, que recebeu o nome de Lei Maria da Penha, criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos de Convenções e Tratados Internacionais, também, representa um importantíssimo avanço no enfrentamento à violência contra as mulheres.

Dentre as inovações oriundas da Lei Maria da Penha estão ações mais eficazes de punição do agressor e proteção da mulher e o julgamento do crime por instâncias especializadas. Ainda, tal dispositivo, compreende a não substituição da sentença por penas de cesta básica e mero pagamento de multa. Tratou, ainda, da aplicação de medidas protetivas de urgência em favor da agredida, como a proibição de aproximação do agressor a uma distância fixada pela autoridade competente e o afastamento do lar. De elevadíssima relevância, ainda, a referida Lei previu a criação, no âmbito das políticas sociais, de serviços de atendimento e acompanhamento especializado à mulher.

As inovações trazidas pela Lei Maria da Penha foram e são objeto de discussões, debates e palestras, haja vista a necessidade de disseminação de seu conteúdo, no seio da sociedade. Isto porque, quanto maior o esclarecimento da população, mais denúncias serão realizadas, uma vez que qualquer cidadão poderá fazê-la.

Embora a legislação exista e seja firme em punir o agressor, o que se observa é que o Brasil apresenta índices ascendentes desse fenômeno; segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a cada 15 segundos uma mulher sofre algum tipo de violência. Isso reforça a historicidade desse tipo de violência, observando que se relaciona às desigualdades entre homens e mulheres, à educação machista, ou seja, na construção assimétrica em relação ao valor e aos direitos de homens e mulheres e, principalmente, no sentimento de posse que o homem possui em relação à mulher. (SAFFIOTI, 1994).

As marcas deixadas pela violência não implicam, apenas, em hematomas e dores, pois, podem acarretar, ainda, ansiedade, depressão, redução da autoestima, abortos, danos à saúde de toda monta, desemprego e prejuízos financeiros; decorre daí a necessidade premente de seu enfrentamento.

De acordo com a Defensora Pública do Estado de Mato Grosso, Dra. Lindalva de Fátima Ramos, em palestra ministrada no Congresso Direito e Humanos (UniCathedral), a violência pode se apresentar de diversas modalidades, sendo as principais:

i) física, sendo toda e qualquer ação que produz dano à integridade física da pessoa;

ii) sexual, perfazendo toda ação na qual a pessoa por meio de força, ameaça, intimidação e mesmo sedução, obriga uma outra a presenciar, a manter, ou a participar de relação sexual não desejada, da qual o agressor tenta obter gratificação;

iii) patrimonial, consistindo em todo ato de destruição ou de omissão capaz de afetar a sobrevivência e o bem-estar do indivíduo, tais como furto, roubo, destruição parcial ou total de documentos e objetos pessoais ou de trabalho, apropriação indevida de rendimentos, salários, pensões, ou outros bens materiais, recusa em pagar pensões ou dividir gastos que devem ser compartilhados; iv) institucional, aquela praticada no âmbito das instituições públicas, podendo ser caracterizada pela ação ou omissão destas instituições, como a peregrinação por diversos órgãos públicos até ser atendida, atendimento realizado às pressas ou de maneira rude ou negligente, ausência propositada de informações que auxiliariam na resolução do problema, quebra da intimidade, tratamento preconceituoso; v) psicológica, caracterizada por uma ação ou omissão que acarrete ou objetiva acarretar dano emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno

desenvolvimento ou que vise degradar, controlar as ações da pessoa, seus comportamentos, crenças e decisões; vi) assédio moral em local de trabalho, que vem a ser toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo, por meio de comportamento, atos, palavras, gestos, que possam acarretar danos à dignidade, à personalidade, à integridade física, sexual ou psíquica da pessoa ou degradar o ambiente de trabalho;

vii) assédio sexual, consistindo na ação de importunar uma subalterna, a manter com seu chefe relacionamento amoroso, mediante o temor de ser despedida ou ter seu labor piorado.

Deste modo, é necessário que se criem mais e mais instrumentos sociais, em áreas diversificadas, além da segurança pública, à efetivação e defesa dos direitos das mulheres.

Em Barra do Garças-MT, a violência de gênero é combatida pela sociedade civil organizada e por autoridades locais que juntos formaram, em janeiro de 2013, um grupo de trabalho denominado Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica Contra a Mulher – Rede de Frente.

De acordo com a Presidente da Associação, Dra. Andréa Guirra, o grupo de trabalho da Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar é composto por diversas instituições parceiras, sendo elas: Ministério Público do Estado de Mato Grosso (MP/MT); Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJ/MT – Poder Judiciário); Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso; Secretaria de Estado de Saúde/ Escritório Regional de Saúde de Barra do Garças (SES/ERSBG); Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos (SEJUDH); Polícia Judiciária Civil (PJC); Centro de Referência Especializado de Assistência Social de Barra do Garças (CREAS BG); Instituições de Ensino Superior, dentre elas o UniCathedral – Centro Universitário; Polícia Militar de Mato Grosso (PM/MT); Abrigo Crisálida; Conselho Municipal dos Direitos da Mulher – Barra do Garças; Secretarias Municipais de Saúde de Barra do Garças e Pontal do Araguaia; Centro de Referência de Assistência Social de Pontal do Araguaia (CRAS Pontal do Araguaia); Secretaria de Educação do Estado de Mato Grosso/ Assessoria Pedagógica (SEDUC/MT); Secretaria Municipal de Educação de Barra do Garças; Secretaria Municipal de Promoção da Igualdade Racial de Barra do Garças; Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Perícia Oficial e Identificação Técnica (POLITEC); Secretaria da Mulher de Pontal do Araguaia.

A Presidente da Rede de Frente, Dra. Andréa Guirra, em palestra ministrada no Centro Universitário UniCathedral, por ocasião do I Congresso Jurídico de Direito, informou que o projeto da Rede é constituído por 04 (quatro) grandes eixos: Eixo I – Rede de Atenção/Proteção Social da Violência Doméstica; Eixo II – Plano de Educação Permanente para os agentes sociais; Eixo III – Núcleo Acadêmico de Pesquisa; Eixo IV – Projeto Educacional e Cultural de Prevenção à Violência Doméstica nas Escolas.

O primeiro eixo tem por objetivo possibilitar o atendimento da vítima, dos filhos, do agressor e dos demais familiares, caso necessário. Os profissionais envolvidos entendem que os índices de violência doméstica contra a mulher não poderão ser reduzidos apenas defendendo a vítima e realizando campanhas preventivas. Nesse contexto, o agressor, ator principal desse tipo de violência, deve ser tratado e não apenas punido.

O Eixo II prevê a capacitação de todos os profissionais que atuam na Rede de Frente. Nesse Eixo também acontece a capacitação de professores da rede pública municipal e estadual e particular de ensino, para a abordagem do tema com as crianças e adolescentes. A capacitação é extendida aos policiais militares visando humanizar o atendimento à vítima e demais personagens da família quando do atendimento da ocorrência, bem como a qualificação dos servidores dos serviços de saúde na orientação e auxílio às vítimas e seus familiares.

O Eixo III prevê a criação de Núcleos de Pesquisas nas instituições de ensino superior da região para a pesquisa das causas e motivos que levam à violência doméstica contra a mulher. Ressalta-se que durante quase três anos, o UniCathedral – Centro Universitário, administrou esse eixo, sob as orientações da Profa Dra. Gisele Lira. Como resultado dessas pesquisas, várias ações, em diferentes bairros, tidos como alto grau de violência, foram realizadas pela Rede de Frente.

E, por derradeiro, o Eixo IV, que visa a divulgação de várias temáticas envolvendo a violência contra a mulher aos estudantes da rede pública municipal e estadual, e particular de ensino; para tanto são utilizadas cartilhas confeccionadas pelo grupo de trabalho da Rede de Enfrentamento.

Todos os eixos propostos objetivam provocar alterações reais na estrutura social, partindo, inicialmente, de discussões sobre a violência de gênero na sociedade, utilizando-se para tal, as palestras em faculdades, escolas, seminários, congressos,

em unidades básicas de saúde, envolvendo o maior número de profissionais possíveis e atuantes em diversas áreas.

Diante do exposto, o que tem se observado é que, no que diz respeito às políticas públicas, as redes de enfrentamento à violência, como ocorre na cidade de Barra de Garças-MT, conformam a integração de ações que, impulsionando recursos, indivíduos e organizações sociais, alcançam o objetivo de oferecer atendimento integral a grupos minoritários e/ou vulneráveis.

Todas essas ações caracterizam vontade política em reduzir os índices de violência doméstica no município e coadunam com a vontade das minorias, dentre elas, as mulheres, que lutam para garantir seus direitos sociais e fundamentais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada momento histórico observa-se que a violência é vista por diversos ângulos e pode ser tolerada. Na Idade Média, a mulher era tida como submissa ao homem e utilizada como moeda de troca na forma de casamentos arranjados a fim de garantir alianças entre famílias. Posteriormente, as mulheres se inseriram no mercado de trabalho, sem, no entanto, abdicar de outras funções domésticas. Tal fato provocou para alguns homens, um sentimento de insegurança em relação a sua capacidade de ser o provedor. Esse é um dos elementos que conduziram à violência doméstica, como uma forma de reafirmar o poder exercido ao longo da história.

Assim, a violência doméstica está entrelaçada a valores perpetuados pela história da mulher, e que a colocou no patamar de ser humano em estágio maior de vulnerabilidade em proporção ao homem, o que ocasiona atos como a violência física, sexual, psicológica, patrimonial, tendo como resultado a tristeza e a angústia e, em alguns casos, o óbito. Lamentavelmente, os casos não são acontecimentos esporádicos, mas vem crescendo gradativamente a cada dia.

Nesse sentido, é inadmissível que no Brasil, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, uma em cada quatro mulheres, sofra algum tipo de violência doméstica. Esse é um dado alarmante, que merece atenção de todos os segmentos sociais e conduz a pensar que somente a legislação não é suficiente para inibir tal fenômeno.

Ao vigorar, a Lei Maria da Penha trouxe consigo diversos benefícios às mulheres, dentre os quais, os Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra as mulheres, em âmbito, tanto cível, quanto criminal; trouxe, ainda, uma série, de medidas protetivas de urgência para as vítimas; intensificou o reforço das Delegacias de atendimento à mulher, da Defensoria Pública e do Ministério Público. Previu, também, uma gama de medidas protetivas, preventivas e repressivas, dentre outros benefícios de suma importância elencados na Lei nº 11.340/2006. Cada Estado e Município buscou reagir por meio de grupos de combate à violência, como é o caso da Rede de Frente, associação que realiza um trabalho de grande impacto na sociedade de Barra do Garças.

Todavia, ao refletir sobre a violência contra mulher não cabe, apenas, uma análise das leis, mas sim, uma análise multidisciplinar, haja vista que tal violência é fruto de uma construção histórica que envolve elementos que permeiam questões culturais, psicológicas, de saúde pública e até econômica. E mais, fere, de modo contundente, os Direitos Humanos, que são direitos fundamentais da pessoa, tem como pressuposto dar guarda a valores intrínsecos como a igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana, sem distinção de raça, cor, credo e gênero.

Desta feita, não basta implementar novas políticas; é condição ímpar que as ações realizadas sejam constantemente avaliadas e controladas, para que observem se estão tendo o impacto desejado ou se são necessários ajustes que aprimorem a ação. Do contrário, servirão, apenas, para mascarar, neste caso, uma situação que não é aceitável em pleno século XXI, a violência contra a mulher, e assim, poderá se configurar em letra morta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em 13 dez. 2019.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08, ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 18 de dez. de 2019.

NASCIMENTO, José do. Os Direitos Humanos e sua Articulação Prática com os Sistemas Sociais. Campo Grande: UCDB, 2001.

SAFFIOTI, Helelith I.B. Violência de Gênero no Brasil Atual. Estudos Feministas, Rio de Janeiro, CIEC/ECO/UFRJ, nº especial, 2º semestre de 1994, p.443-461

CAPÍTULO 09

A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CAMPO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O CASO DO ROBÔ-ADVOGADO

Ana Karen Vasconcelos Araújo

Graduanda em Direito pela Faculdade Luciano Feijão

E-mail: karenvasconcelosaraujo08@gmail.com

Alberto Dias de Souza

Professor da Faculdade Luciano Feijão. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória.

E-mail: dias-alberto@hotmail.com

Resumo: A revolução tecnológica presenciada pelo mundo trouxe inúmeras inovações para o Direito, como a consulta à processos, jurisprudências e leis. Entre essas inovações, destaca-se a criação de um robô-advogado pela startup canadense Ross Intelligence. Desse modo, o presente resumo tem como objetivos a compreensão de como deve ocorrer a inserção da inteligência artificial no Direito e quais são as suas limitações. O trabalho obteve como resultados a insuficiência dos robôs-advogados na análise de casos mais complexos, como os que ocasionam a colisão de princípios e os que não têm previsão legal e sua eficácia como meios de consulta, ocasionando uma redução no tempo de duração de processos.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Decisões; Hermenêutica.

Abstract: The technological revolution witnessed by the world brought several benefits in the judicial scope, such as facilitation of the consultation to legislation, jurisprudence and processes. Between those innovations, stands out the creation of a robot lawyer by the canadian startup Ross Intelligence. In this way, the present summary has the objectives of understanding of how must be the insertion of artificial intelligence in the Law and which limitations it has. The work obtained the results of the insufficiency of the lawyer robots in the analysis of hard cases, as those which cause the collision of opposite principles and those which doesn't have legal provision. Besides, noticed the advantages of the insertion of these robots as means of consultation, causing a reduction in the processes duration time.

Keywords: Artificial Intelligence ; Decisions ; Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

O mundo presencia uma revolução digital, com inúmeras inovações tecnológicas e com a consequente alteração dos hábitos da população, que está cada vez mais próxima e dependente das plataformas digitais. Nesse sentido, verifica-se o escopo do controle social, qual seja, definir balizas e limites para a atuação dos indivíduos nos espaços públicos compartilhados. Para tanto, destaca-se o papel do Direito.

O Direito integra as ciências sociais aplicadas, e possui como objeto de estudo e finalidade a ordenação da conduta humana. Em sua teorização, há constante atenção às mudanças sociais, dentre as quais os costumes e os hábitos. No tocante às facilidades tecnológicas, o cenário global trouxe benefícios notáveis, como o aumento das comunicações interpessoais, o acesso a estudos e pesquisas por pessoas situadas em ambientes de difícil acesso, e a popularização de conteúdos de entretenimento.

No âmbito jurídico, outrossim, é de se ressaltar a utilidade das telecomunicações e da informática para o cotidiano dos trabalhos. As consultas a processos judiciais, legislações correlatas, doutrinas e precedentes judiciais estão acessíveis a usuários das redes de comunicação mantidas pela Internet, muitas vezes de modo gratuito.

Entre as inovações, destaca-se a recente criação de um robô-advogado pela startup canadense Ross Intelligence. Essa inteligência artificial se mostra capaz de acessar leis e jurisprudências em poucos segundos, além de estar em atualização constante quanto às mudanças legais e no entendimento de tribunais. Nas palavras de um dos editores responsáveis pela companhia, o sistema realiza a indexação dinâmica de perguntas e respostas de modo mais eficaz do que um doutrinador responsável por pesquisas o faria. (VON SIMSON, 2019, n/p).

Apesar dos aparentes benefícios, questiona-se as limitações de tal tecnologia, de modo que se torna necessária a análise sobre quais funções a inteligência artificial poderia desempenhar no meio jurídico. Destarte, o presente trabalho tem como objetivo a compreensão de como deve ser a inserção dos robôs-advogados no Direito, tomando como fundamentos sua capacidade de interpretar leis e quais são suas insuficiências ao exercer essa atividade.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho tem como método de abordagem o dedutivo e como técnica de pesquisa a busca bibliográfica, por meio da análise de livros na seara da Hermenêutica Jurídica, além de matérias jornalísticas sobre a utilização de inteligência artificial.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A função primordial do Direito na sociedade é a manutenção da ordem por meio da resolução de conflitos entre indivíduos. Para isso, torna-se necessária a interpretação de normas, de modo que elas possam ser aplicadas a um caso concreto, regulando-o e solucionando o litígio.

O ordenamento jurídico é composto de normas das espécies regra e princípio. Dworkin (2002, p. 30) traça diferenças entre estas tipologias, de modo que as normas da espécie regra se aplicariam ao modo do tudo-ou-nada, por meio da subsunção direta. Dessa forma, ou uma lei é aplicável a um caso, sendo indiscutivelmente válida, ou não pode ser aplicada e é, consequentemente, inválida. Portanto, não existiriam reais conflitos entre regras, pois uma sempre prevaleceria em detrimento da outra, existindo, portanto, apenas um conflito aparente entre elas. Esse conflito aparente, por sua vez, seria sanado por meio do teste de pedigree, que consiste na aferição de critérios objetivos na análise de qual das regras deve ser aplicada.

As normas da espécie princípio, por outro lado, possuem conteúdo mais amplo, e são aplicáveis a inúmeras situações concretas. Para o autor, os princípios são “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”(DWORKIN, 2002, p. 36). Diferentemente do conflito aparente entre regras, caso exista uma colisão entre dois princípios contrários que se mostram aplicáveis ao mesmo caso, deverá ser feito o sopesamento, que consiste em uma análise sobre o peso relativo de cada princípio no caso específico, prevalecendo aquele que mostre maior força.

Por conta da capacidade para o armazenamento de informações e acesso às leis, poderiam os robôs-advogados resolver conflitos entre regras, tendo em vista que estes são solucionados por critérios meramente objetivos, como a hierarquia, a

especificidade e a temporalidade. Desse modo, auxiliariam profissionais do direito a descobrir qual regra deveria ser aplicada para regular determinado fato.

Por outro lado, em caso de colisão entre dois ou mais princípios, a capacidade intelectual de uma inteligência artificial mostra-se limitada. Isso ocorre porque o juiz deve levar em consideração ao proferir suas decisões não somente critérios objetivos, como assevera Alexy (2008, p. 95): “Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade.”. Destarte, robôs mostram-se inadequados para a solução de problemas mais complexos, que exigem o sopesamento de princípios, por não possuírem o poder discricionário inerente da autoridade judiciária.

Ademais, ao se interpretar, deve-se levar em consideração não somente aspectos técnicos, como o método gramatical, o lógico e o sistemático, que, apesar de sua inequívoca importância, mostram-se insuficientes para uma análise completa sobre o conteúdo de uma norma. Devem-se aferir também elementos como a época em que a lei foi criada, os fatores sociais e a finalidade da criação de tal norma, elementos tais que não se mostram suscetíveis de compreensão por uma máquina. A necessidade da aferição desses elementos mostra-se positivada no Decreto-Lei 4.657/42, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum

O juiz também não pode deixar de julgar uma demanda por conta da sua falta de regulamentação no ordenamento jurídico. Como preconiza o Código de Processo Civil de 2015:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Dessa forma, na falta de previsão legal, deverá o magistrado utilizar analogias e costumes para julgar o processo. Robôs-advogados não conhecem a realidade de cada meio social, de tal modo que não poderiam conhecer plenamente os costumes existentes entre indivíduos de uma população específica, o que culminaria em uma generalização exacerbada de sentenças judiciais, sem a percepção de diferenças sociais existentes entre diferentes populações de meios sociais distintos. Além disso,

a realização de analogias por inteligências artificiais poderia acarretar analogias in malam partem, proibidas no Direito Penal.

A utilização de inteligência artificial de um modo irrestrito pode culminar em sérios problemas futuros:

Nussenzveig relata que, no último dia 4 de abril, Davide Castelvecchi publicou uma entrevista com o cientista de computação Yoshua Bengio, na revista *Nature*. “Bengio, que recebeu no ano passado um dos mais importantes prêmios internacionais em computação, a medalha Turing, lidera um esforço para produzir um código de conduta internacional para uso ético de inteligência artificial”, afirma. “Entre as preocupações mencionadas por Bengio, estão o uso de inteligência artificial em drones militares, em aplicações de vigilância governamental, permitindo que seja usada por pessoas poderosas para que mantenham ou ampliem seus poderes. Ele também menciona a possibilidade de a inteligência artificial ampliar discriminação e preconceitos, afinal essas características estão tipicamente presentes nos dados usados para treinar os algoritmos, refletindo comportamentos (mesmo inconscientes) dos programadores.” (BERNARDES, 2019).

A reprodução de preconceitos do programador pelo robô acabaria por ferir o princípio do juiz natural, que implica, necessariamente, um juízo imparcial. Desse modo, foi criada a Declaração de Montreal sobre inteligência artitifical, que condensa uma série de princípios éticos para o uso dessa tecnologia de modo não prejudicial.

Entretanto, a utilização dessa tecnologia no meio jurídico traria também inúmeras vantagens.

O primeiro **robô-advogado** do mundo foi criado pela startup canadense **Ross Intelligence** dentro da Universidade de Toronto. Por meio da plataforma **Watson**, da **IBM**, o sistema é capaz de ouvir a linguagem humana, rastrear mais de 10 mil páginas por segundo e formular respostas muito mais rápido do que qualquer profissional. (ONLINE, 2019).

Por conta da capacidade técnica de armazenar e processar informações presentes em toda a rede mundial de computadores em poucos segundos, a utilização de inteligência artificial implicaria em uma redução no tempo gasto por magistrados ao julgarem processos, pois teriam respostas mais rápidas acerca da lei em vigor no momento para a regulação de determinado caso e o entendimento atual dos tribunais.

Essa facilitação no acesso a essas informações acarretaria a diminuição da morosidade judicial, reduzindo o tempo que um processo levaria para chegar ao fim, de modo a entregar a prestação jurisdicional devida de forma mais célere, atendendo ao princípio da eficiência.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, notam-se as limitações da utilização de inteligência artificial na áera das decisões judiciais.

A insuficiênciade dessas máquinas se mostra nos casos em que princípios opostos colidem ou quando existe uma lacuna no ordenamento jurídico, não existindo uma norma para regular um caso específico. Nesses casos, por não conhecerem as diferentes realidades sociais, os robôs-advogados julgariam todos os casos da mesma forma, causando uma generalização maléfica, pois não levariam em consideração as distintas realidades de indivíduos de meios sociais diferentes. Além disso, acarretariam em analogias deformadas, desrespeitando a proibição de analogias prejudiciais ao réu em processos criminais.

Além disso, por serem programadas por meio de alogaritmos, tendem a reproduzir os preconceitos de seus programadores, o que culminaria em uma ofensa ao princípio do juiz natural, que implica um juízo imparcial.

Contudo, a utilização de inteligência artificial no campo judicial não traz apenas malefícios, existindo também inúmeras vantagens. Por armazenarem todas as leis e jurisprudências e estarem constantemente se atualizando, a inteligência artificial se mostra um vantajoso meio de consulta, acarretando na diminuição do tempo de análise de um processo e, consequentemente, trazendo mais eficiênciade celeridade ao processo jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.p.85-176.

BERNARDES, Júlio. Dez princípios para utilizar a inteligência artificial com ética. **Jornal da USP**, São Paulo, 10 de Abril. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/actualidades/dez-principios-para-utilizar-a-inteligencia-artificial-com-etica/>. Acesso em: 01 de Junho de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. **Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 01 de Junho de 2019.

BRASIL. Lei nº13. 105, de 16 de Março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 01 de Junho de 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Editora Ltda, 2002.

DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Ltda, 2002.

ONLINE, Época Negócios. Startup canadense desenvolve robô-advogado que interpreta leis. **Editora Globo**, 13 de Fevereiro. 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/02/startup-canadense-desenvolve-robo-advogado-que-interpreta-leis.html>> Acesso em: 01 de Junho de 2019.

VON SIMSON, Charlie. How Ross AI turns legal research on its head. **Ross Intelligence**. Disponível em: <<https://blog.rossintelligence.com/post/how-ross-ai-turns-legal-research-on-its-head>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CAPÍTULO 10

SUPERLOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: MEDIDAS ALTERNATIVAS AO CUMPRIMENTO DE PENA

Ana Carolina Lúcio Poscidônio

Acadêmica do Curso de Direito na Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS – Campus de Alfenas

E-mail: carol_poscidonio2000@hotmail.com

Julie Stheppanny Paiva

Acadêmica do Curso de Direito na Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS – Campus de Alfenas

E-mail: juliepaiva13@gmail.com

Carla de Oliveira Cezario

Advogada e docente do Curso de Direito na Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS – Campus de Alfenas

E-mail: carla.cezario@unifenas.br

Resumo: O presente artigo se baseia no estudo do sistema carcerário brasileiro diante os desafios atuais econômicos e sociais. Ocorre que, a superlotação carcerária brasileira é uma das consequências da falência do sistema carcerário, de forma que, são poucos os recursos ofertados pelo Estado como métodos de soluções para amenizar a superlotação existente. Sendo assim, este estudo tem como finalidade expor métodos alternativos de cumprimento de pena, a aqueles que se encontram provisoriamente encarcerados e aos condenados por crimes menos gravosos. Além disso, cumpre ressaltar que, o objetivo das medidas alternativas ao cumprimento de pena não é de forma alguma para assegurar a impunidade do condenado, mas sim, a garantia de uma possibilidade alternativa para o mesmo cumprir sua pena, de forma a possibilitá-lo a reinserir-se na sociedade, respeitando os direitos humanos fundamentais e constitucionais inerentes ao indivíduo, sem haver a necessidade de expô-lo às condições precárias e insalubres do atual sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave: Sistema Carcerário; Superlotação; Garantias; Direitos Humanos; Alternativas; Penas.

Abstract: This article is based on the study of the Brazilian prison system in the face of current economic and social challenges. It turns out that the Brazilian prison overcrowding is one of the consequences of the failure of the prison system, so that there are few resources offered by the State as methods of solutions to alleviate the existing overcrowding. Thus, this study aims to expose alternative methods of serving a sentence, to those who are temporarily incarcerated and those convicted of less serious crimes. In addition, it should be noted that the objective of alternative measures to serving a sentence is not at all to ensure impunity of the convict, but rather to guarantee an alternative possibility for him to serve his sentence, in order to make it possible to reintegrate into society, respecting the fundamental and constitutional human rights inherent to the

individual, without the need to expose them to the precarious and unhealthy conditions of the current Brazilian prison system.

Keywords: Overcrowding; Guarantees; Human Rights; Alternatives; Feathers.

1. INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário tem como finalidade a execução de sanções penais, por meio de reclusão ou detenção de indivíduos que cometem algum delito ou infrações penais. Apesar de ter como objetivo predominante a ressocialização do apenado na sociedade, o inverso vem acontecendo no Brasil.

Um ambiente superlotado, péssimas condições de alimentação e saúde, falta de higiene, falta de mobilidade entre outros problemas, são circunstâncias que contradizem a Constituição e a Lei de Execução Penal. (Lei nº 7.210/1984).

Sendo assim, as condições precárias vivenciadas por inúmeros presos não estão relacionadas apenas a elevada criminalidade no país, mas também as ações e omissões do Estado, já que, com tamanha população carcerária, o Estado, como grande protetor dos direitos humanos, precisa, de modo urgente, se valer de outros meios alternativos de cumprimento de pena, para que seja garantido os direitos humanos.

2. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A falência do sistema penitenciário brasileiro vem resultando em muitos problemas, sendo um dos mais preocupantes a superlotação dos presídios. A Casa de Detenção de São Paulo, conhecida popularmente como Carandiru, foi inaugurada na década de 1920, sendo considerada na época, o maior e mais bem estruturado presídio da América Latina. Porém, rapidamente sua capacidade máxima foi atingida, o que acarretou má conservação, falta de higiene e rebeliões. Além do episódio, chamado de “massacre do Carandiru”, que resultou em 111 mortes (UOL, 2017).

Anos se passarem e as condições continuam as mesmas ou até piores, segundo uma pesquisa feita pelo G1, em 2019, o número de presos ultrapassam 812.564 para uma capacidade total de 415.960, ou seja, um déficit de 396.604 vagas. Outro dado alarmante, apontado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, através de um projeto chamado Sistema Prisional em Números, foi o de mortes de presidiários ocorridas em 474 unidades prisionais, num total de 1456 estabelecimentos, no período de março de 2017 a fevereiro de 2018. Em grande parte, a superlotação é agravada em razão do excessivo número de presos provisórios,

cerca de 40% do total de internos, um percentual muito superior àquilo que seria o razoável.

Não muito distante, pode-se verificar as condições do Presídio da Comarca de Alfenas, segundo o Jornal Alfenas Hoje, em 2018, havia 196 vagas, estando com uma população carcerária de 590, ou seja, um excedente três vezes maior que sua capacidade original. O que se verifica na maioria dos presídios da região, demonstrando a falência e a insuficiência da política carcerária vigente no estado e no país.

A Lei de Execução Penal, prevê que é dever do Estado garantir ao detento assistência para prevenção ao crime e orientação ao retorno da vida em sociedade, e mais, a Constituição Federal estabelece que somente será condenado a prisão com sentença transitada em julgado, sendo outras hipóteses de prisão, uma exceção.

2.1 Dignidade da pessoa humana

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagra o Estado Democrático de Direito, responsável pelo estabelecimento de princípios e garantias individuais, assegurando principalmente os direitos fundamentais inerentes ao homem.

O fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, que tem como definição o conjunto de princípios e valores que garantem que o cidadão, em qualquer condição tenha seus direitos respeitados pelo Estado, ou seja, condições necessárias para que o indivíduo tenha uma vida digna, que se aplica, inclusive, aos presos, seja provisoriamente ou por uma sentença condenatória.

Apesar de ser uma obrigação do Estado, tomar medidas para garantir o bem-estar dos cidadãos, a situação do sistema carcerário brasileiro fere o texto constitucional:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas (DIAS, 2016).

Os apenados e processados são colocados em um ambiente insalubre, superlotado e com celas despreparadas para o número de presos, violando, assim, os direitos fundamentais como a liberdade, a saúde e a dignidade.

2.2 Direitos Sociais

O rol do artigo 6º da Constituição Federal prevê os direitos sociais, onde se garante 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, porém, os direitos do ser humano são violados, quando está sob a tutela do Estado, como condenado ou processado.

Há estados em que presos são alojados em contêineres, como Santa Catarina e Paraná. Segundo uma pesquisa feita pelo g1, em Porto Alegre essa medida seria implantada desde novembro de 2018, comportando até 16 detentos em cada, até que seja encaminhados ao sistema carcerário.

As condições a que são submetidos os presos no Brasil, além de causar graves perturbações mentais e psicológicas, causam ainda a proliferação de doenças, a falta de assistência médica, são outros problemas vivenciados por detentos. Aids, sífilis, HIV, tuberculose, além de ratos e baratas nas celas, provenientes de um ambiente desumano, em que a saúde é precária, são as condições a que são expostos os enclausurados no Brasil.

O Projeto Sistema Prisional em Números que a incidência do vírus da AIDS é 138 vezes maior do que a constatada na população geral. Em 2015, a proporção nas carceragens da doença foi de 2.189,9 casos para cem mil detentos. (JUSTIFICANDO, 2018).

Expor o ser humano a situações tão perigosas e degradantes causam sério risco, tanto para população carcerária, quanto para os servidores públicos dos presídios e da população, como um todo.

3. MEIOS ALTERNATIVOS AO CUMPRIMENTO DE PENA

3.1 Audiências de custódia

A audiência de custódia é um instrumento processual que determina que todo preso em flagrante deverá ser levado à presença da **autoridade judicial**, no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão, sendo positivado no artigo 7º, §5º do Pacto de São José da Costa Rica:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Segundo a doutrina de Caio Paiva

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015, p. 31).

Quando a audiência de custódia é realizada no prazo, assegura a garantia legal do contraditório e celeridade no processo, consequentemente a diminuição no número de casos de prisões preventivas que superlotam os presídios. Outro ponto, devido a demora para realização das audiências de custódia, não há separação entre réus primários e sem antecedentes criminais e dos presos condenados, que em algumas, senão muitas vezes, pertencem a facções criminosas.

A iniciativa “Começar de novo”, conduzida pelo CNJ, reúne uma série de medidas para dar mais efetividade à lei de execução penal e mudar a realidade da situação prisional no país. As ações incluem a realização de mutirões carcerários para avaliar a situação de presos em relação ao cumprimento da pena, revendo processos que estão com excesso de prazo, mudança de regime, apressar julgamentos e liberar os que tem direito à soltura. Também são realizados convênios com entidades como Sesi, Senai e Fiesp, para possibilitar o treinamento e a capacitação dos presos, visando à recolocação profissional. (CNJ, 2010)

A rápida identificação dos casos acima, são benéficas para toda sociedade, pois o preso no Brasil, por pior que seja o crime que tenha cometido, retornará a sociedade, onde poderá refazer sua vida e não retornar a ilicitude.

3.2 Trabalhos do preso

A remição por meio do trabalho está prevista na Lei de Execução Penal, garantindo um dia de pena a menos a cada três dias de trabalho. Este é um direito de quem cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto, desde que tenha cumprido um sexto da pena.

Todavia, a ressocialização do apenado é um assunto que gera controvérsias, o preconceito da comunidade, do mercado de trabalho e até mesmo da família, gerando incertezas e fazendo, muitas vezes, com que o indivíduo volte a violar as leis do Estado. Em decorrência desse preconceito, o preso possui um sentimento de insegurança e dificuldades para a reinserção no mercado de trabalho, consequentemente voltará a cometer delitos buscando condições mínimas para seu sustento ou de sua família.

O Estado tem como papel investir em políticas sociais, garantindo cursos profissionalizantes para expandir as áreas de conhecimento assegurando mais possibilidades. É necessário que a sociedade cumpra seu papel, aceitando o indivíduo para que seja inserido de forma digna e justa e tenha seus direitos garantidos.

3.3 Monitoramento eletrônico

O monitoramento eletrônico é um dos meios alternativos ao cumprimento de pena, que apesar das ideias que divergem a respeito do método, não deixa o preso impune, pelo contrário sua finalidade é que o condenado cumpra sua pena no convívio familiar, continuando a trabalhar, a se relacionar, o que pode ser um aliado na tentativa de reintegração e que o condenado não seja retirado de maneira abrupta da sociedade.

A aplicação desse método seria adequada aos réus primários, aos que ainda não foram condenados, aguardam o julgamento e aos condenados que demonstrem durante o cumprimento da pena um comportamento exemplar, interesse em ser reinserido na sociedade e não apresente vínculos com o crime.

É considerado como método mais econômico quando comparado ao custo para manter uma pessoa encarcerada, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ 2016), a média nacional de custo por preso é de R\$ 2.400,00 enquanto o custo da tornozeleira seria de aproximadamente R\$300,00 mensais. Os custos refletem gastos com sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários e outros

funcionários, serviços como alimentação, compra de vestuário, assistência médica e jurídica, entre outros.

O ex-diretor geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Tácio Muzzi reforçou essa ideia através de um estudo realizado em 2017 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), que revelou que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo com um crescimento médio de 8,3% ao ano nas últimas décadas. Sendo o monitoramento considerado uma solução para reduzir significativamente esse número.

Apesar dos benefícios, ainda existem questões a serem melhoradas, como a fiscalização e a eficácia. A tornozeleira é monitorada 24 horas por dia e quando o indivíduo ultrapassa uma zona que não é permitida, dispara um alerta, o que pode causar a perda do direito a cumprimento de pena alternativa. Para tornar este método mais eficaz é necessário que seja implantado o monitoramento com a condição de que o detento prove mensalmente sua reinserção na sociedade, de forma que não cumprindo as condições regresse a seu regime inicial, evitando que essa medida seja violada.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, devido a graves, recorrentes e em ascensão dos problemas no sistema carcerário brasileiro, como a superlotação acarretando condições insalubres, falta de mobilidade e também a grande demanda de processos ao Judiciário que o tornam lento e impossibilitando a efetivação da Lei de Execução Penal, é necessário a busca e implantação de métodos alternativos de cumprimento de pena.

A prisão é a *ultima ratio* (último recurso) e deve ser o mecanismo para que o criminoso condenado reavale sua vida devendo, portanto, ser o objetivo predominante do sistema penitenciário, a ressocialização, respeitando, assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Segurança Pública divulga relatório sobre o uso de tornozeleiras eletrônicas. **Depen.** Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/ministerio-da-seguranca-publica-divulga-relatorio-sobre-o-uso-de-tornozeleiras-eletronicas>. Acesso em: 06 set. 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 06 set. 2019

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sistema carcerário e execução penal. **Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>. Acesso em: 06 set. 2019

BORGES, Augusto César. Há 25 anos, massacre do Carandiru resultou na morte de 111 detentos. **Uol.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/banco-de-dados/2017/10/1923603-ha-25-anos-massacre-do-carandiru-resultou-na-morte-de-111-detentos.shtml>. Acesso em: 06 set. 2019

CARVALHO, Bárbara; LEITE, Caroline; VELASCO, Clara; PRADO, Gabriel; RAMALHO, Guilherme; REIS, Thiago. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. **G1.** Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 06 set. 2019.

G1. Ratos, baratas e doenças como sarna, hiv, tuberculose e sífilis são comuns em presídios brasileiros. **G1.** Disponível em: <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/06/ratos-baratas-e-doencas-como-sarna-hiv-tuberculose-e-sifilis-sao-comuns-em-presidios-brasileiros.html>. Acesso em: 06 set. 2019

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A realidade carcerária do Brasil em números. **Justificando.** 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros>. Acesso em: 06 set. 2019

PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. 2. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. 188p.

SOUZA, Isabela. Quanto custa um preso no Brasil? **Politize.** Disponível em: <https://politize.jusbrasil.com.br/artigos/431281471/quanto-custa-um-preso-no-brasil>. Acesso em: 06 set. 2019

CAPÍTULO 11

O DIALOGISMO NO PROCESSO JUDICIAL: A CORRELAÇÃO ENTRE A TEORIA BAKHTINIANA E OS FENÔMENOS PROCESSUAIS DIALÓGICOS

Alex Sandro Teixeira da Cruz

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC). Professor das Faculdades de Direito do da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e do Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Doutorando em Ciências da Linguagem pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)

E-mail: acruz@mpsc.mp.br; astecruz@icloud.com

Resumo: Tem o presente artigo o propósito de analisar a correlação estabelecida entre a teoria dialógica de Mikhail Bakhtin e certos fenômenos existentes no processo judicial brasileiro, em que a adoção de posturas dialógicas se torna absolutamente necessária ao alcance dos objetivos e à regularidade e validade do processo como um todo. Utilizando pesquisa bibliográfica e abordagem dedutiva, o trabalho estuda o dialogismo enquanto prática enunciativa entre os sujeitos a partir da noção de responsividade ativa, para, na sequência, correlacionar referida base teórica com institutos ligados à ideia de consensualidade, tais como mediação, conciliação e transação, além de funcionar, ao mesmo tempo, nos casos de subsistência da litigiosidade, como substrato imperativo ao exercício do contraditório enquanto garantia asseguratória da paridade de armas e equilíbrio entre os litigantes no processo.

Palavras-chave: Dialogismo; Bakhtin; Processo judicial; Consensualidade; Contraditório.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the correlation established between Mikhail Bakhtin's dialogical theory and some phenomena existing in the brazilian judicial process, in which the adoption of dialogical postures becomes absolutely necessary to achieve the objectives and to the regularity and validity of the process as a whole. Using bibliographic research and a deductive approach, the work studies dialogism as an enunciative practice among subjects from the notion of active responsiveness from part to part, in order to then correlate that theoretical basis with institutes linked to the idea of consensuality, such as mediation , conciliation and transaction, in addition to functioning, at the same time, in cases of subsistence of litigation, as an imperative substrate for the exercise of the adversary as a guarantee of the parity of arms and balance between the litigants.

Keywords: Dialogism; Bakhtin; Judicial process; Consensuality; Contradictory.

1. INTRODUÇÃO

Como regra, o processo judicial é caracterizado pela litigiosidade, decorrente da contraposição entre as partes em razão do conflito de interesses que as envolve e da necessidade de socorrerem-se do Estado-julgador para dirimir a controvérsia estabelecida. Diante disso, para a instalação do processo de forma válida e o delineamento regular de seu curso, princípios e normas jurídicas hão que ser observados, a exemplo da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sempre tendo-se como horizonte a solução mais justa possível para a causa.

Ao mesmo tempo, apesar da existência de posições em confronto dando ensejo ao processo¹, cada vez mais o sistema de justiça procura trabalhar a superação dos conflitos através do consensualismo, ou seja, da solução negociada entre os envolvidos, através de atos de mediação, conciliação e transação, tendo-se como balizas o equilíbrio, a lealdade e a boa-fé entre as partes.

É, nesses e em outros fenômenos processuais de iguais propósitos, que se torna imperioso o caminho dialógico. Seja no escopo de cada litigante externar seus pontos de vista, seja no de conhecer os do oponente, faz-se absolutamente necessário o sequenciamento de enunciados de parte a parte. E, mesmo diante do não alcance do objetivo de consensualidade, mantendo-se a contenda até a decisão final da causa, o dialogismo não se arreda, conquanto também imperativo à consagração do contraditório, próprio do processo litigioso.

Assim, propõe-se o presente artigo a estudar a correlação estabelecida entre a teoria dialógica de Mikhail Bakhtin (1895-1975) e certos fenômenos processuais, notadamente marcados pelo propósito de consensualidade ou de asseguração do contraditório. Para tanto, através de pesquisa fundamentalmente bibliográfica, o percurso metodológico² é dedutivo, inicialmente fixando-se as bases teóricas nas quais se assenta o pensador russo no delineamento do dialogismo em contraponto à linguística geral, seguindo-se a imersão nos institutos processuais existentes na

¹ O processo aqui referido é o processo *contencioso*, cujo marco é a litigiosidade. Isso para diferenciá-lo daquele conhecido como de *jurisdição voluntária*, em que a chancela judiciária não envolve conflito propriamente dito, como, por exemplo, no caso de homologação de determinado acordo pré-estabelecido.

² Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi definem o método como o "conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros –, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista" (LAKATOS; MARCONI, 1996, p. 83)

ordem jurídica brasileira que mais reclamam postura dialógica entre as partes e a determinação dessa correlação, tanto no aspecto de sua existência em si, quanto [se existente] acerca da forma como esse entrelaçamento se dá e com que contornos e finalidades ocorre.

2. O DIALOGISMO EM MIKHAIL BAKHTIN

Tradicionalmente, a linguística geral trata de forma acessória o papel daquele que figura como a pessoa-alvo de um determinado enunciado, atribuindo-lhe um comportamento passivo em relação àquilo que é pronunciado pelo locutor. Isso porque, dentro dessa visão, a linguagem possui função de cunho fundamentalmente individual, ligada de forma precípua à necessidade de construção do pensamento, relegando-se o papel do ouvinte a um segundo plano. Daí porque, para Wilhelm von Humboldt (1767-1835), "abstraindo-se a necessidade de comunicação do homem, a língua lhe é indispensável para pensar, mesmo que tivesse de estar sempre sozinho" (HUMBOLDT apud BAKHTIN, 1997, p. 289), destacando-se, pois, para Mikhail Bakhtin (1997, p. 289), nessa linha de pensamento, o papel primordial da língua como ligado à "[...] expressão do universo individual do locutor", correspondendo sua essência, em síntese, ao que chama de criatividade espiritual do indivíduo.

Nessa esteira, portanto, destaca-se o papel da linguagem dentro de um contexto de estrita unicidade subjetiva (a figura do locutor), como matéria-prima para a corporificação do raciocínio do autor da mensagem, cujo receptor assume apenas uma posição passiva diante do enunciado recebido. Como acentua Mikhail Bakhtin (1997, p. 289) sobre essa visão da linguística geral, "[...] a linguagem é considerada do ponto de vista do locutor como se estivesse sozinho, sem forçosa relação com os outros parceiros da comunicação verbal" (itálico do original), compondo o enunciado apenas o conteúdo do pensamento de quem fala e visando a satisfação somente de seu propósito enunciativo. Daí porque, referindo-se a tal linha de pensamento, afirmar que "o enunciado satisfaz ao seu próprio objeto (ou seja, ao conteúdo do pensamento enunciado) e ao próprio enunciador", e, além disso, que "a língua só requer o locutor - apenas o locutor - e o objeto de seu discurso, e se, com isso, ela também pode servir de meio de comunicação, esta é apenas uma função acessória, que não toca à sua essência" (BAKHTIN, 1997, p. 289).

E arremata o pensador russo, em crítica aos cursos de linguística geral e fazendo referência até a estudos tidos como sérios, tal qual o de Ferdinand de Saussure (1857-1913), considerado o "Pai da Linguística", no sentido de que "[...] os estudiosos comprazem-se em representar os dois parceiros da comunicação verbal, o locutor e o ouvinte", reportando dar-se essa representação apenas "[..] por meio de um esquema dos processos ativos da fala no locutor e dos processos passivos de percepção e de compreensão da fala no ouvinte" (itálicos do original) (BAKHTIN, 1997, p. 290)³.

Insurgindo-se, no entanto, contra essa feição estritamente monológica da locução, sobretudo porque, a despeito de não poder ser tida como errônea, não ter ela como esgotar a integralidade dos fenômenos da comunicação, Mikhail Bakhtin segue em outra direção. Para ele, "não se pode dizer que esses esquemas [monológicos] são errados e não correspondem a certos aspectos reais, mas quando estes esquemas pretendem representar o todo real da comunicação verbal se transformam em ficção científica" (itálicos do original) (BAKHTIN, 1997, p. 290). Daí porque entender que a relação estabelecida entre os sujeitos da comunicação é sempre dialógica (bilateral), pois a expectativa do locutor em relação a seu ouvinte não é de que se mantenha passivo em face da locução ouvida, mas a adoção do que chama de responsividade ativa, algo a lhe arrebatar de uma postura inercial em relação ao enunciado que lhe é dirigido. Para Mikhail Bakhtin (1997, p. 291), "o locutor postula esta compreensão responsiva ativa: [...] o que espera é uma resposta, uma concordância, uma adesão, uma objeção, uma execução, etc.", enfim, algo indo além da simples reprodução de seu pensamento [do locutor] no cérebro do ouvinte.

³ Com efeito, ao tratar da fala, Ferdinand de Saussure a define como um "ato individual de vontade e inteligência", no qual o falante utiliza combinações de signos linguísticos para exprimir seu pensamento, valendo-se de um mecanismo psicofísico para externar essas combinações (SAUSSURE, s.d., p. 22), constituído esse mecanismo pela soma da atuação do cérebro com a do aparelho fonador. Dessa forma, como se pode observar, a percepção saussureana verte no sentido da unilateralidade do enunciado, na medida em que este [enunciado] vincula-se exclusivamente à ideia de uma expressão do pensamento do locutor. Em certa passagem, o autor inclusive descreve toda essa dinâmica enunciativa, definindo o ponto de partida como o cérebro do falante, "[...] onde os fatos da consciência, a que chamaremos conceitos, se acham associados às representações dos signos linguísticos ou imagens acústicas que servem para exprimi-los" (SAUSSURE, s.d., p. 19). O conceito suscita no cérebro uma imagem acústica (elemento psíquico), a qual é transmitida aos órgãos fonadores através de um impulso a ela [imagem acústica] imanente (elemento fisiológico), gerando, pela fala, as ondas sonoras correspondentes (elemento físico), que, por sua vez, entram pelo aparelho auditivo do ouvinte e fazem o caminho inverso até o cérebro, onde o som é decodificado pela identificação com a imagem acústica respectiva ali armazenada (SAUSSURE, s.d., p. 19). Veja-se que, nesse processo descrito por Ferdinand de Saussure, o locutor tem um papel ativo (emissor) e o ouvinte um papel apenas passivo (receptor) na relação enunciativa estabelecida entre ambos.

Dessa forma, na concepção bakhtiniana, uma atitude ativamente responsiva, pelo ouvinte, decorre da compreensão de uma fala que se pretende viva, de um enunciado verdadeiramente vivo, já que, como acentua o autor, "toda compreensão é prenhe de resposta e, de uma forma ou de outra, forçosamente a produz" (BAKHTIN, 1997, p. 290), de modo a, pela via da responsividade ativa, o ouvinte converter-se em locutor, seguindo-se a alternância de papéis entre os sujeitos enquanto perdurar a dialogicidade entre eles.

Na verdade, adicionando argumentos em prol de sua visão crítica à forma mais singela pela qual a linguística geral costuma abordar o fenômeno, o pensador russo afirma que "a compreensão passiva das significações do discurso ouvido é apenas o elemento abstrato de um fato real que é o todo constituído pela compreensão responsiva ativa e que se materializa no ato real da resposta fônica subsequente" (itálico do original) (BAKHTIN, 1997, p. 290). E acrescenta que, no contexto de mera passividade do ouvinte na relação enunciativa, vislumbrado pela linguística geral, este, o ouvinte, "[...] não corresponde ao protagonista real da comunicação verbal" (BAKHTIN, 1997, p. 291). Por conta disso, pondera o autor estar ali [na compreensão passiva] representado apenas "[...] o elemento abstrato do fato real da compreensão responsiva ativa em seu todo, geradora de uma resposta (resposta com que conta o locutor)" (BAKHTIN, 1997, p. 291-292). E arremata dizendo que, embora possa haver justificação para esse tipo de abstração científica, não pode ela ultrapassar a linha da abstração em si, não havendo como ser tomada "[...] por um fenômeno real e concreto" (BAKTIN, 1997, p. 292). Desse modo, no pensamento bakhtiniano, a compreensão passiva é vista apenas como parte [abstrata] integrante da responsividade ativa, esta sim tida como o fato real e, portanto, indutor da relação dialógica estabelecida entre os sujeitos da comunicação⁴.

⁴ Resumindo o pensamento de Mikhail Bakhtin, o professor Paulo Bezerra (1940-) preconiza que "Bakhtin dá ao processo de comunicação um novo formato – o formato dialógico –, ao promover a participante ativo do diálogo o antigo ouvinte passivo dos 'desenhos esquemáticos das linguísticas gerais', ao mostrar que 'toda compreensão da fala viva, do enunciado vivo é de natureza ativamente responsiva', que toda compreensão (assim como toda fala-afirmação) 'é prenhe de resposta', e nessa interação falante-ouvinte o ouvinte se torna falante; o falante não visa a uma 'compreensão passiva' que se limite a dublar 'seu pensamento em voz alheia', mas deseja 'uma resposta, uma concordância, uma participação, uma objeção' a que ele mesmo possa responder, uma vez que todo falante também 'é, por si mesmo, um respondente', ou seja, ele está numa arena de luta entre vozes cujo desdobramento tanto pode resultar em aceitação como em objeção de sua fala. Não há nesse diálogo a primeira nem a última voz, falante e ouvinte integram um processo comunicativo e dialogam por enunciados; cada um desses enunciados é um elo na cadeia de outros enunciados." (BEZERRA, 2016, p. 160-161)

Digna de registro, ainda, é a observação do pensador russo ao correlacionar a responsividade ativa com os gêneros do discurso, os quais subdivide em primários e secundários: os gêneros primários, também reportados como simples, são aqueles consubstanciadores das inúmeras formas de discurso cotidiano, a permearem as comunicações do dia a dia entre as pessoas, caracterizando-se pela diversidade e heterogeneidade, ou, como acentua Paulo Bezerra (2016, p. 158), "são a manifestação verbalizada concreta das fórmulas múltiplas e vívidas da existência humana em seu dinamismo"; já os gêneros secundários ou complexos, são definidos por Mikhail Bakhtin como os que "[...] aparecem em circunstâncias de uma comunicação cultural, mais complexa e relativamente mais evoluída" (BAKHTIN, 1997, p. 281), citando o autor como exemplos o romance, o teatro, o discurso científico e o discurso ideológico.

Na correlação que ocorre entre os gêneros discursivos e a compreensão responsiva ativa, o autor trabalha com a ideia de imediatidate da resposta no caso dos gêneros primários, dentro do conceito mais amplo de responsividade. Assim, a resposta pode envolver uma concordância, uma retorsão, um comentário, mas pode também constituir-se até mesmo por um simples gesto, como o de cumprir, silenciosamente, uma ordem dada (BAKHTIN, 1997, pp. 290-291). O fundamental para existência dessa responsividade ativa imediata é, na verdade, uma atitude do ouvinte no sentido de sair da inércia, de prontamente pôr-se em movimento.

Já, no caso dos gêneros discursivos secundários, a compreensão responsiva ativa não precisa ser tão rápida. Aliás, refere Mikhail Bakhtin que "os gêneros secundários da comunicação verbal, em sua maior parte, contam precisamente com esse tipo de compreensão responsiva de ação retardada" (BAKHTIN, 1997, p. 291), o mesmo valendo, segundo o autor, também para o discurso lido ou escrito, haja vista que, como ressalta, "cedo ou tarde, o que foi ouvido e compreendido de modo ativo encontrará um eco no discurso ou no comportamento subsequente do ouvinte" (BAKHTIN, 1997, p. 291).

Assim, em resumo, Mikhail Bakhtin concebe o processo enunciativo como uma relação também dialógica entre os sujeitos da comunicação, pela qual o locutor dirige sua fala ao ouvinte na expectativa de que este se comporte de formaativamente responsiva quanto ao que foi dito, abdicando da inércia e da mera absorção passiva do pensamento externado por aquele. Ao agir dialogicamente, o ouvinte converte-se

em locutor e o locutor em ouvinte, e assim sucessivamente, perdurando o dialogismo enquanto perdurar a relação enunciativa entre ambos, podendo isso se dar nas locuções comuns do dia a dia, dentro de um gênero discursivo primário e com responsividade ativa imediata, ou nas locuções de maior complexidade, em gêneros discursivos secundários, próprios, dentre outros, das relações culturais, científicas e ideológicas, gêneros esses nos quais a responsividade ativa pode ocorrer de forma retardada, demandando mais tempo para eclodir.

Note-se que, ao desse modo descrever o fenômeno comunicacional, Mikhail Bakhtin inscreve sua concepção como verdadeiro discurso constituinte, já que a pretensão dos discursos constituintes "[...] é de não reconhecer outra autoridade além da sua própria, de não admitir quaisquer outros discursos acima deles" (MAINGUENEAU, 2008, p. 37). Ainda, segundo Dominique Maingueneau (1950-), "os discursos constituintes supõem um conflito permanente entre diversos posicionamentos" (itálico do original), acrescentando que "a unidade de análise pertinente não é o discurso em si mesmo, mas o sistema de referência aos outros discursos através do qual ele se constitui e se mantém" (MAINGUENEAU, 2008, p. 43)

Portanto, ao contrapor-se de forma diametralmente oposta à compreensão estritamente monológica de Ferdinand de Saussure, o pensador russo e seu dialogismo passam a ocupar o espaço de texto fundador, inaugurando uma nova linha conceptiva da relação que se estabelece entre os sujeitos da comunicação, vislumbrando o fenômeno comunicacional, não como um percurso de mão única, tal qual concebido pela linguística geral, mas como uma via de duas mãos, decorrente da compreensão responsiva ativa e da enunciação mútua que a responsividade permite aos sujeitos.

3. OS FENÔMENOS PROCESSUAIS DIALÓGICOS

Quando duas partes, com interesses antagônicos, entram em conflito e não encontram meios para, por si só, solverem a contenda, o Estado deve ser chamado a intervir e ditar a solução, dizendo quem tem ou não razão e em qual medida essa razão se apresenta. Para tanto, qualquer das partes pode suscitar a intervenção estatal, exercendo o, assim chamado, direito de ação, definido como a busca do

Estado-julgador para o préstimo de uma tutela jurisdicional. A parte contrária, por seu turno, tem o direito de contrapor-se à ação proposta pela parte autora através de certos meios de defesa possíveis, sendo o mais comum a contestação. Assim, exercidos pelas partes o direito de ação e de defesa, colhidas as provas requeridas por ambas, ao final o Estado-julgador irá definir a solução da causa através de uma decisão, seja ela uma sentença (decisão de um juiz singular) ou um acórdão (decisão de um tribunal), a qual alcançará, mais cedo ou mais tarde, o trânsito em julgado, isto é, dela não mais cabendo qualquer recurso, gerando o que se chama tecnicamente coisa julgada.

Essa é, de forma muito sucinta, a dinâmica que envolve o processo e a relação processual. De um lado o autor, de outro o réu e, entre ambos, o Estado-julgador. Dependendo da natureza da causa, há ainda a necessidade de intervenção do Estado-fiscal [da ordem jurídica], o Ministério Público, quando a causa envolver interesse público ou social, interesse de incapaz ou litígios coletivos pela posse da terra rural ou urbana⁵, dentre outras hipóteses previstas em lei.

A grande questão, contudo, apesar da relativa simplicidade para a compreensão dessa espinha dorsal da relação processual, é a dimensão alcançada pela litigiosidade no Brasil dos dias atuais. Dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) evidenciam que, mesmo diante de todo o empenho do sistema de justiça brasileiro para dar conta da demanda, o problema ainda é grande e complexo. Saímos de 24,3 milhões de novos processos em 2009 para 31,9 milhões em 2018⁶ (CNJ, 2019, p. 80). Ao mesmo tempo verifica-se que tínhamos, em 2009, 15.946 cargos de magistrado efetivamente preenchidos, número que cresceu, em 2018, para 18.141 (CNJ, 2019, p. 73). Nesse período, a produtividade, por magistrado, também aumentou: em 2009, cada magistrado era responsável, em média, por 5.525 processos, decidindo 1.590 ações naquele ano; em 2018 o número médio de processos subiu para 6.775 e o de decisões para 1.877, por magistrado (CNJ, 2019, p. 89). Contudo, apesar do incremento no número de profissionais e na produtividade de cada qual, o volume de processos pendentes (que ainda não foram encerrados)

⁵ Conforme disposto no artigo 178 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a).

⁶ O ano de 2018 é o último até aqui divulgado pelo CNJ, no em seu relatório anual *Justiça em números*. O relativo ao ano de 2019, por estarmos, quando da confecção deste artigo, no mês de janeiro de 2020, ainda não foi publicado.

ao final de cada ano é crescente, saindo de 60,7 milhões em 2009 e alcançando 78,7 milhões em 2018⁷ (CNJ, 2019, p. 81).

Assim, considerando-se ter a população brasileira, em números estimados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2019 ultrapassado a casa dos 210 milhões de habitantes (AGÊNCIA BRASIL, 2019), a relação que se estabelece é da média aproximada de um processo em curso para cada 2,66 habitantes.

Diante dessa realidade, ganha especial relevância o incremento de mecanismos focados na busca de alternativas consensualizadas de solução de conflitos, não apenas como forma de desafogar as vias judiciais convencionais do volume de demandas a que se encontram submetidas, como, também, em razão das vantagens que a convergência, alcançada através do consenso, pode trazer em termos de conforto moral entre as partes e, assim, tornando mais efetivo o propósito de pacificação social imanente à atividade do Estado-julgador. Aliás, a busca do consenso decorre de comando contido na própria lei, conquanto o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) assim o determine expressamente, ao fixar que a solução consensual dos conflitos deve ser promovida pelo Estado, sempre que possível (parágrafo 2º do artigo 3º).

Para tanto, a ordem jurídica brasileira conta com certos instrumentos importantes, dentre os quais destacam-se a mediação, a conciliação e a transação.

A mediação é tratada pela Lei n. 13.140 (BRASIL, 2015b)⁸, sendo definida como "[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (parágrafo único do artigo 1º). Na mediação, a participação do terceiro neutro (mediador) se dá de forma mais passiva, atuando de modo a estimular os próprios interessados no sentido de construírem o caminho da consensualidade, sendo preferencialmente voltada a situações em que as partes tenham uma vinculação anterior entre si⁹.

⁷ Bem verdade que os anos de maior estoque foram os de 2016 e 2017, com 79,8 milhões e 79,6 milhões, respectivamente.

⁸ Embora a Lei 13.140 (BRASIL, 2015b) seja destinada a regrar o instituto da *mediação*, este também aparece com regramento dentro do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), notadamente no artigo 334, junto com a *conciliação*.

⁹ Segundo o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), o mediador "[...] atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos" (parágrafo 3º do artigo 165).

A conciliação, por sua vez, mesmo guardando proximidade com a mediação, tem seu foco em casos nos quais as partes não possuam vínculo pré-existente, conduzindo a figura do conciliador a uma postura mais pró-ativa, em que esse, ao invés de apenas estimular o encontro de soluções pelas próprias partes, também venha a fazer sugestões e interferências com tal finalidade¹⁰. Além de aparecer no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), também existe na Lei n. 9.099 (BRASIL, 1995), podendo ser operada tanto em relação a causas cíveis de menor valor (artigos 21 a 26) quanto em causas criminais relativas a infrações penais de menor potencial ofensivo (artigo 74). Neste caso, das infrações penais de menor ofensividade, o objeto da composição se dá em torno do resarcimento dos danos cíveis decorrentes da prática contravencional ou delitiva.

Já a transação tem também previsão na Lei n. 9.099 (BRASIL, 1995), endereçando-se igualmente a infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja ação penal esteja a cargo do Ministério Público. Por ela, poderá o Ministério Público propor, para aplicação imediata, sanção restritiva de direitos ou multa (artigo 76), proposta esta que, sendo aceita pelo autor da infração, resultará em um acordo antecipatório da pena.

Todas essas formas de busca de consensualidade – mediação, conciliação e transação – ocorrem em audiências para as quais são convidadas ou convocadas as partes: autor, réu e, quando for o caso, o Ministério Público. No ato, na presença do mediador, do conciliador ou do magistrado, é dado aos interessados deflagrar um processo dialógico, no qual são induzidos, instigados e estimulados a colocarem à mesa seus pontos de vista, motivos e pretensões em relação ao problema ou controvérsia que os envolve, sempre tendo-se em mente a construção, em conjunto, de forma colaborativa entre todos, de um ponto de equilíbrio, pelo qual se possa aparar as arestas, solucionar o problema e pôr fim ao confronto, sem a necessidade de um julgamento propriamente dito.

Cabe, nesse desiderato de construção do consenso pela via dialógica, reflexão sugerida pela professora Eni Puccinelli Orlandi (1942-). Criticando o excesso de individualismo, por entender que "o sujeito individuado em seu solipsismo cede à

¹⁰ Nos termos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), o conciliador "[...] atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem" (parágrafo 2º do artigo 165).

ilusão de que é centro e origem" (ORLANDI, 2017, p. 288), acrescenta a autora que, "na relação com a alteridade, podem-se observar as consequências dessa tomada de posição pragmática, face à constituição da forma-sujeito histórica e do seu modo de individuação pelo Estado" (ORLANDI, 2017, p. 288), afastando o ser humano dos "[...] sentidos da sociabilidade em laços sociais bem constituídos" (ORLANDI, 2017, p. 288) e os buscando [os sentidos] em soluções individuais, "[...] na dominância do 'eu', e suas sensações" (ORLANDI, 2017, p. 288). E, na sequência, arremata dizendo que, "se o sujeito individuado praticasse a sociabilidade, tenderia a solidarizar-se, ou seja, a relação com o outro produziria outros sentidos, outras direções nas relações sociais, e faria movimentar-se diferentemente a relação de alteridade, em nossa formação social" (ORLANDI, 2017, p. 288-289).

A reflexão é significativa porque, para que a dialogicidade desse processo de consensualização possa ter êxito e alcance seus objetivos, reclama necessariamente o desarme de espíritos e a (re)edificação da confiança mútua, permeada pela boa-fé e pela premissa da existência de um propósito comum de, realmente, encontrar-se, pela via dialógica, uma solução que satisfaça razoavelmente aos interesses contrapostos. É, em outras palavras, justamente a observação da professora Eni Puccinelli Orlandi, quando trabalha o imperioso abandono do individualismo para a construção de um modelo de alteridade consubstanciado a partir da sociabilidade e da solidariedade, ingredientes fundamentais para que o processo dialógico imanente à mediação, à conciliação e à transação possa, de fato, atingir seu objetivo maior de pacificação dos conflitos. Isso porque não será razoável imaginar chegar-se a alguma solução verdadeiramente satisfatória, indutora de equidade e bom senso, se for mantido entre as partes um clima de beligerância, de litigiosidade, de intransigência e de egoísmo, o qual nada mais constituirá do que o extremo individualismo criticado pela professora Eni Puccinelli Orlandi.

Note-se encontrar-se esse dialogismo próprio da busca da consensualidade dentre aqueles que Mikhail Bakhtin denomina gêneros primários de comunicação, haja vista estarem as partes, o Ministério Público, o mediador, o conciliador e/ou o magistrado frente a frente, pronunciando entre si enunciados sequenciais, gerando responsividade ativa entre os comunicantes. Fosse imposta uma postura estritamente passiva por parte do ouvinte, sem lhe ser oportunizada a conversão em falante do enunciado seguinte pela via da concordância, discordância, retorsão, transigência

etc., a relação na audiência de mediação, conciliação ou transação não seria dialógica (e, sim, apenas monológica), esvaziando o próprio ato em sua razão de existir.

Porém, o dialogismo, no processo judicial, não se restringe aos atos destinados à busca da consensualidade. Mesmo ante eventual frustração das tentativas de construção e/ou intermediação do diálogo entre as partes, impõe-se a necessidade de avanço da causa dentro de sua natural litigiosidade, um dos traços mais relevantes do processo é o denominado contraditório, cuja relação com a comunicação dialógica também é plena. Trata-se, o contraditório, de garantia processual asseguratória de cada parte poder contradizer, contrapor-se àquilo que a outra diz ou apresenta. É, na verdade, corolário da própria dialética permeadora da relação processual litigiosa, pela qual cada tese pode ser retorquida por uma antítese, funcionando a decisão judicial como a síntese extraída desse confronto.

No Brasil, o contraditório foi elevado ao nível constitucional, ao ser determinado no corpo da Constituição da República (BRASIL, 1988) que todos os litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, contam com referida garantia (inciso LV do artigo 5º), sendo definido pelo jurista Leonardo Greco (2010, p. 539) como o princípio "[...] segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação, em igualdade de condições com a parte contrária".

Dessa forma, nesse jogo dialético, surgem binômios como, dentre outros, ação/contestação, acusação/defesa, prova/contraprova e razões/contrarrazões, os quais nada mais são do que manifestações dos gêneros discursivos secundários reportados por Mikhail Bakhtin, transpostos à ordem de fenômenos processuais em uma perspectiva dialógica. Isso porque, em regra, o contraditório é levado a efeito através de manifestações, escritas ou orais, dotadas de uma linguagem a mesclar elementos jurídicos, científicos, históricos, políticos, filosóficos, sociológicos e de outros campos do conhecimento humano, de modo a envolver [a linguagem] certo grau de refinamento e tecnicismo que transpõe a comunicação corriqueira, coloquial, cotidiana, própria dos gêneros primários. E, além da natureza e do estilo mais complexo dos enunciados emitidos nessas vias de comunicação, a compreensão responsiva ativa se dá, também, em regra, de forma retardada, considerando-se contarem as partes com prazos estabelecidos na legislação processual para se manifestarem acerca daquilo que foi dito ou trazido pelo oponente, normalmente não

precisando responder de pronto a alegação contida na peça enunciativa que pretenda confrontar.

Por essa trilha dialógica, portanto, ao assegurar-se que o processo tenha seu trâmite com a garantia do contraditório, permite-se, de um lado, o direito de o autor da ação buscar a tutela jurisdicional do Estado-julgador, mas, ao mesmo tempo, por outro, de o réu trazer a defesa que tiver, promovendo-se a vinda das provas apresentadas ou requeridas por ambas as partes, declinando autor e réu os argumentos que sustentam seus pontos de vista e suas pretensões, tudo sob a fiscalização do Ministério Público quando necessário, para, enfim, chegar-se a uma decisão o mais justa possível, como dito na introdução do presente trabalho.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do propósito aqui delineado, de analisar a correlação estabelecida entre o dialogismo bakhtiniano e certos fenômenos processuais, especialmente os ligados à ideia de consensualidade ou de exercício do contraditório, é possível observar-se que o elo existente é de todo perceptível. Como a concepção do fenômeno dialógico, indo além da visão de Ferdinand de Saussure, pode envolver uma espécie de alternância enunciativa entre os sujeitos da comunicação, isso se dando por intermédio do que Mikhail Bakhtin chama de compreensão responsiva ativa, a troca de enunciados entre os comunicantes compõe o traço característico da via comunicacional. Nesse contexto, diferentemente do pensamento saussuriano, o qual enxergava no ouvinte apenas uma postura passiva diante do enunciado recebido do falante, Mikhail Bakhtin preconiza a ideia de um ouvinte que, ao receber o enunciado, respondeativamente ao mesmo, concordando, discordando, anuindo, opondo-se, enfim, saindo da inércia determinada pela passividade e colocando-se em movimento¹¹.

Nessa esteira, quando se analisa os fenômenos processuais tendentes a buscar uma solução de consenso para a controvérsia estabelecida, negociada entre as partes com contribuição de um mediador, conciliador ou magistrado, a percepção da necessidade de um comportamento dialógico se torna inteiramente nítida, pois não há como pensar-se em mediação, conciliação ou transação sem alternarem-se os

¹¹ Mesmo o silêncio pode ser revelador de uma responsividade.

interessados na emissão de enunciados, um ao outro e vice-versa, com responsividade ativa entre ambos, até que, em algum momento, se alcance um ponto de equilíbrio e de concordância mútua, indutor de um acordo finalizador do conflito que os envolve. A comunicação dialógica, nesses casos, faz-se absolutamente crucial para o alcance do propósito de consensualização, conquanto não haja outro caminho para ajustarem, em um determinado ponto, os interesses originalmente contrapostos.

De se ressaltar, ao mesmo tempo, o balanço positivo em prol do dialogismo consensualizante, pois evita o prosseguimento da contenda e inibe a sensação de vitória ou derrota decorrente de uma decisão judicial que dê razão a um ou outro, mas que, muitas, vezes, acabe por gerar desconforto moral ao perdedor e, pior, alimente ou agrave sentimentos de ódio e desejos de vingança. Em outras palavras, a decisão do Estado-julgador pode resolver o problema jurídico, porém nem sempre resolve o problema emocional, psicológico, que permeia o conflito, podendo acarretar ainda mais conflito entre as partes. Daí a importância da consensualidade, para a qual o elemento dialógico torna-se indispensável.

Contudo, malgrado não ser possível o alcance de uma solução negociada em todas as causas, ainda assim a teoria bakhtiniana não se esvazia de relevância no processo judicial, considerando-se também que essa alternância enunciativa dialógica se materializa no curso de todo o processo, pelo exercício do contraditório, em que cada qual das partes tem o direito de insurgir-se contra manifestação ou argumento trazido pela parte oposta, em um jogo de contraposição iniciado pelo binômio ação/contestação, passando por todas as fases do processo e estendido até os níveis recursais, através das razões/contrarrazões. Isso garante aos litigantes lutarem, em igualdade de condições, pela prevalência de seus interesses sobre os do oponente, tudo balizado pelas regras processuais previstas na legislação (devido processo legal).

Por fim, cabe registrar que poder-se-ia, ainda, abordar o dialogismo de Mikhail Bakhtin em relação a inúmeros fenômenos processuais, tais como, dentre outros, a inquirição de pessoas, as discussões travadas no Tribunal do Júri entre acusação e defesa, e, também, aquelas ocorridas nos órgãos colegiados de tribunais diversos (plenário, turmas ou câmaras), em que ministros e desembargadores convergem ou divergem em meio aos julgamentos, nos quais a decisão é sempre tomada pelo voto da maioria. Contudo, ainda que tenha o presente trabalho limitado-se a utilizar, para

análise, os institutos consensualizantes da mediação, conciliação e transação, e, na persistência da litigiosidade, do contraditório e seus desdobramentos, é possível ter-se uma clara ideia da importância assumida pelo dialogismo no âmbito do processo judicial, seja para levar as partes a um acordo, seja para garantir-lhes equilíbrio e paridade de armas na luta pelo que entendem seja o seu direito e/ou uma decisão justa para a causa.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. *Estimativa da população do Brasil passa de 210 milhões, diz IBGE.* [Matéria jornalística]. Rio de Janeiro: Agência Brasil, 2019. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-08/estimativa-da-populacao-do-brasil-passa-de-210-milhoes-diz-ibge>. Acesso em 29 Jan. 2020.
- BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal.* [Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, a partir do francês] 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BEZERRA, Paulo. *Mikhail Bakhtin: os gêneros do discurso.* [Organização, tradução, posfácio e notas: Paulo Bezerra] São Paulo: Editora 34, 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 [1988]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 Jan. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995* [1995]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 29 Jan. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)* [2015a]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 Jan. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015* [2015b]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 29 Jan. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Justiça em números 2019.* Brasília: CNJ, 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 29 Jan. 2020.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos da metodologia científica.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- MAINGUENEAU, Dominique. *Cenas de enunciação.* Org. Sírio Possenti e Maria Cecília Pérez de Souza-e-Silva. [Tópico "Os discursos constituintes, tradução de Nelson Barros da Costa]. São Paulo: Parábola, 2008.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *Eu tu ele: discurso e real da história.* 2.ed. Campinas: Pontes, 2017.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral.* [Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein] São Paulo: Cultrix, [s.d.].

CAPÍTULO 12

MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ESTRATÉGIA SOCIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Rosemary Mendes Farias

Graduada em Direito pela Faculdade Estácio / CEUT, advogada, professora, mestra em administração de empresas
E-mail: rosemary.mendes@ifpi.edu.br

Rhudson de Sousa Silva

Graduando em Direito pela Faculdade Estácio / CEUT
E-mail: rhud_nisterooy@hotmail.com

Chrystianne Moura

Professora MSc em Direito, Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Estácio / CEUT
E-mail: chrystianne.santos@estacio.onmicrosoft.com

Resumo: O que fazer quando a harmonia da relação consumerista é quebrada? Ganha força no Brasil o movimento de pacificação social através de outros meios adequados de solução de interesses, como prevê o Conselho Nacional de Justiça-CNJ com a política de meios adequados de solução de conflitos, a mediação é uma porta de acolhimento a quem deseja ser protagonista da paz social. A pesquisa busca responder se a mediação pode ser eficaz na solução de conflitos nas relações consumeristas. O instituto da mediação na esfera extrajudicial é um instrumento de inclusão social e tem apoio legal no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação. A sociedade, instituições e os operadores do Direito estão apoiando o instituto da mediação, no Brasil existem várias Câmaras privadas de mediação vinculadas as associações comerciais, industriais, à Ordem dos Advogados do Brasil, as faculdades, advogados juntos estão colaborando com o cidadão, oferecendo a possibilidade de resolução de conflitos através da técnica de mediação. O Centro de Mediação Comunitária da Estácio /CEUT implantado no segundo semestre de 2011, cresce no atendimento ao cidadão Teresinense de 2015 a 2017 houve crescimento geral de 20,21% e nos conflitos consumeristas em 16,22 %. A pesquisa judiciário em números base 2016 (CNJ, 2017) mostra que de 100 ações judiciais 12 são resolvidas mediante acordos. Em relação aos conflitos consumeristas os números do Centro de Mediação de Conflitos-CMC base 2016 mostram que a cada 100 atendimentos 23 resultaram em acordo, o que demonstra a viabilidade da mediação extrajudicial.

Palavras-chave: Conflito; Mediação Extrajudicial; Direito do Consumidor.

Abstract: What to do when the harmony of the consumer relationship is broken? The social pacification movement gains strength in Brazil through other adequate means of resolving interests, as the CNJ predicts with the policy of adequate means of conflict resolution, mediation is a welcoming door for those who wish to be protagonists of social peace. The research seeks to answer whether mediation can be effective in resolving conflicts in consumer relations. The extrajudicial mediation institute is an instrument of social inclusion and has legal support in the

Code of Civil Procedure and the Mediation Law. The society, institutions and operators of the Law are supporting the mediation institute, in Brazil there are several private mediation Chambers linked to the commercial and industrial associations, to the Brazilian Bar Association, the colleges, lawyers together are collaborating with the citizen, offering the possibility of conflict resolution through the technique of mediation. The Community Mediation Center of Estácio / CEUT deployed in the second half of 2011, increased in attendance to the Teresinese citizen from 2015 to 2017, there was a general growth of 20.21% and in the consumer conflicts in 16.22%. The judicial investigation in base numbers 2016 (CNJ, 2017) shows that of 100 lawsuits 12 are settled through agreements. Regarding the consumer conflicts, the CMC base 2016 figures show that every 100 calls 23 have resulted in an agreement, which demonstrates the feasibility of extrajudicial mediation..

Keywords: Conflict; Extrajudicial; Consumer Law; Mediation.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa em discussão aborda como tema central Mediação Extrajudicial: estratégia social de resolução de conflitos no âmbito do Direito do consumidor. A questão problema que se pretende responder é: a mediação é um instrumento adequado na resolução de interesses nas relações consumeristas? A sociedade e o poder judiciário se movimentam em busca de novas alternativas para solução de conflitos, várias iniciativas surgem visando à ampliação do acesso a justiça e pacificação social, institutos como a arbitragem, conciliação e mediação ganham força e começam a serem buscados pela sociedade e judiciário. A escolha do tema se justifica não só pela relevância da matéria, mas, sobretudo, pela oportunidade da academia se aprofundar e contribuir na disseminação acadêmica do método da mediação como meio adequado de pacificação social. Outras pesquisas, sobretudo, de abordagem qualitativa poderão complementar a presente pesquisa, pois por se tratar de pesquisa quantitativa não tem o condão de buscar os motivos ou ir a fundo nas preferências e sentimentos das partes.

Os meios adequados de resolução de conflitos, notadamente, a mediação será discutido no presente trabalho, que tem por objetivo geral analisar a utilização da mediação como meio de resolução de conflito nas relações consumeristas, com o intuito de alcançar tal objetivo estipulou-se os seguintes objetivos específicos: identificar a quantidade de mediações realizadas no período de 2015 a 2016; identificar a quantidade de mediações realizadas no âmbito das relações consumeristas no período de 2015 a 2016; traçar panorama dos conflitos vivenciados nas relações consumeristas e mediados no Centro de Mediação de Conflitos- CMC no período de 2015 a 2016.

Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa é do tipo quantitativa, utilizando-se do método dedutivo, a natureza da pesquisa é aplicada, em relação aos objetivos delineados a pesquisa é descritiva e utiliza para atendê-los o estudo de caso, em relação aos procedimentos, a pesquisa é bibliográfica e documental, pois os pesquisadores basearam o estudo nos referenciais teóricos sobre a matéria pesquisada, e em documentos (planilhas) disponibilizados aos pesquisadores pelo CMC da Estácio/CEUT.

Os principais resultados alcançados foram observar a demanda anual de atendimentos no CMC Estácio/CEUT, o volume de acordos firmados e a área da situação de conflito vivenciado.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos – MESC's

2.1.1 Acesso à justiça

A garantia de direito à justiça é um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, fundamento constitucional assegura no art.5, XXXV da CR, no qual tem por mandamento que “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pela literalidade da lei percebe-se a força formal do dispositivo constitucional no qual o Estado é garantidor da paz social e do mais amplo acesso a tutela jurisdicional para dirimir os conflitos sociais. De acordo com Bueno (2012 apud VALCONOVER, 2014) o Estado age de forma imperativa, substitutiva e com a intenção de ser definitiva para o caso concreto.

De acordo com Silva e Barbosa (2016, p. 2):

A sociedade brasileira e a própria Justiça caminham, atualmente, ao encontro de Métodos Consensuais de Solução de Demandas, por meio de instrumentos de ação social participativa. E, dentro desse raciocínio, insere-se toda filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que outras perspectivas se abram para o povo em geral, graças à facilitação do acesso pleno à Justiça, com a utilização de meios e instrumentos alternativos como a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem, com todos os desdobramentos deles derivados.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (IBGE, 2009), 12,6 milhões de pessoas maiores de idade (9,4% dos brasileiros desta faixa etária) vivenciaram situações de conflito nos cinco anos prévios a setembro de 2009, período de referência da pesquisa. Os dois conflitos mais observados foram os de natureza trabalhista (23,3%) e de família (22,0%), seguido dos de natureza consumerista na ordem de 17,1%.

Depreende-se da PNAD (IBGE, 2009) que a grande parte da população brasileira vivencia situações de conflitos e a porta de resolução desses conflitos é

poder judiciário, as ações trabalhistas, familiares e de consumo são os tipos de conflitos que geram maior busca por soluções pelos cidadãos.

A PNAD de 2009 mostra que 92,7% das pessoas que viveram situações de conflito procuraram formas de resolvê-las. Da totalidade dos que buscaram solucionar seus problemas, o Judiciário (incluindo os Juizados Especiais) foi o caminho escolhido por 70,2% das pessoas, seguido da polícia (6,6%) e do PROCON (3,9%).

Os dados da PNAD, 2009 reforçam que o cidadão que está envolto em uma controvérsia quer uma solução para por fim do conflito e que a maioria ainda tem o poder judiciário como alternativa para sanar seus problemas, pois daqueles que tiveram o judiciário como escolha para solução de conflitos 87,4 % demandaram em ações trabalhistas, 52,4% criminais, 81% em família, 77,0% terras e moradia, 46,5% consumo e 73,9% impostos, tributação e previdência. Apesar de grande maioria dos pesquisados tentarem resolver seus conflitos, ainda existe um percentual de 7,3% quase um milhão de pessoas que não buscaram solução para seus conflitos e desses a área de maior abandono na busca de solução do conflito foi de consumidor nos serviços de fornecimento de energia elétrica, água, telefone e bancos representando 28,3%.

Para corroborar com os dados do PNAD (2009) no tocante a busca do cidadão em resolver suas demandas, Cappelletti e Garth (2002 apud MANUAL MEDIAÇÃO PARA ADVOGADOS 2014, p. 23), ao tratarem do tema “acesso à justiça”, citam os seus principais obstáculos: como sendo: a onerosidade das custas judiciais, a demora na prestação jurisdicional, a hipossuficiência – inclusive intelectual – dos possíveis litigantes, o excesso de formalismos e procedimentos complicados.

Nesse sentido os doutrinadores sugerem algumas soluções para se efetivar o acesso à justiça, por meio do que denominam de ondas:

Primeira onda: assistência judiciária –prevê três importantes modelos jurídicos voltados à assistência dos indivíduos de baixa renda; Segunda^a onda: representação jurídica para os interesses difusos – busca a justiça de interesses públicos, por meio da representação de direitos coletivos; Terceira onda: enfoque de acesso à justiça – visa ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo olhar; inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos. A terceira onda propõe um amplo e moderno programa e reformas do sistema processual que se viabilizassem por intermédio da criação de outros meios

alternativos de solução de conflitos (substitutivos jurisdicionais, equivalentes jurisdicionais), da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas e de reformas pontuais no sistema processual, afim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo.

Desta forma, podemos afirmar que a pacificação de conflitos por meio da mediação se inseri no que a doutrina chama de 3^a onda, pois é uma estratégia social adequada de acesso a justiça, onde se busca com auxílio do mediador a resolução do conflito através do uso de procedimentos, que em conjunto proporcionam escuta ativa e diálogo respeitoso, garantindo as partes sigilo e segurança nos acordos firmados.

Portugal (2012) denomina esse movimento de quinta onda e faz a distinção entre métodos consensuais e adversariais de resolução de interesses. Os métodos adversariais utilizam terceiro imparcial que substitui as partes e julga a causa em favor de uma das partes. E o método consensual ao contrário tem o terceiro imparcial que auxilia as partes na busca de uma solução conjunta essa metodologia é sustenta na cooperação.

2.1.2 Mediação como estratégia social extrajudicial de solução de conflitos

A Mediação surgi no Brasil em 1990 e adota o modelo transformativo que objetiva, além de solucionar o conflito, transformar as partes envolvidas e o relacionamento entre elas ao fomentar ou recuperar a comunicação efetiva por meio da empatia (um se colocar no lugar do outro).

Segundo Bonfim e Menezes (2008) a todo instante poderemos nos deparar ou nos envolvermos em situações em que somos partes ou se agi como mediador, isso demonstra que é uma característica natural das relações humanas o confronto, controvérsias, oposições, desilusões.

Revelasse que a estratégia social extrajudicial de soluções de conflito por meio da mediação pode contribuir para paz social e desafogar o sistema judiciário brasileiro.

Na perspectiva da Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, mediação é uma técnica utilizada voluntariamente por terceiro imparcial, de confiança das partes, que busca através da escuta ativa e pela intervenção de procedimentos estimular os envolvidos na controvérsia, por si mesmos, a encontrarem soluções partilhadas para o conflito.

Azevedo (2009 apud CNJ- MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016) ressalta que na teoria moderna o conflito deve ser visto como fenômeno natural-social positivo e inerente às relações humanas.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça em seu Manual de Mediação Judicial (2016, p. 20) a mediação pode ser definida como:

uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

Desde o ano de 2000 no âmbito da esfera trabalhista através da Lei nº 10.101, prevê a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa, e no artigo 4º desta lei apresenta como soluções extrajudiciais para a solução dos conflitos a Mediação e a Arbitragem.

Nesse ponto Silva e Barbosa (2016, p. 2) ressalta que os Mecanismos Extrajudiciais de Soluções de Conflitos são:

um modo novo de pensar a Justiça. Não apenas problema do Estado, mas, também, da sociedade, que é chamada a contribuir para o exercício da jurisdição através da atuação de voluntários como conciliadores, mediadores e facilitadores. Por outro lado, exige-se dos operadores do direito que saiam de seus gabinetes e procurem, em outras instituições e segmentos sociais, respostas adequadas para os problemas jurídicos, muitos deles associados às questões sociais.

De fato a postura doutrinária, legal e as medidas estruturais de criação de câmaras de mediação em universidades, faculdades, órgãos públicos, associações comerciais, industriais, conselhos de classes, e Ordem dos advogados Seccionais, sindicatos, nos mostram uma postura ativa do Estado e da sociedade civil em construírem e fortalecerem os Mecanismo Extrajudiciais de Soluções de Conflitos.

De acordo com Amorim e Schabbel (2013 apud MANUAL DE MEDIAÇÃO PARA ADVOGADOS, 2014) aborda as características da mediação destacando a intervenção de terceiro mediante escuta ativa com função de ajudar as pessoas em litígios a alcançarem a resolução do conflito com ganhos e benefícios mútuos.

Portanto, as principais características da mediação são: não-adversariedade, voluntariedade, imparcialidade, independência e sigilo e comunicação ativa.

O Novo Código de Processo Civil encampa as preocupações e inovações no tocante ao acesso à justiça, dispondo nas Normas Fundamentais do Processo Civil a admissão de MESCS como a arbitragem, conciliação e mediação. Vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Pùblico, inclusive no curso do processo judicial.

O mediador, tem papel fundamental no movimento desenhado como terceira onda onde os cidadãos assumem compromissos mútuos e são os principais protagonista na busca de adequados meios para solucionar controvérsias. São impedidos de serem nomeados Mediadores/Conciliadores as pessoas que exercem atividade político-partidária, aquelas que desempenham atividade de advocacia perante o Juizado Especial em que pretendem atuar como conciliador, quem possui processo em andamento no juízo onde pretende exercer a função, assim como quem traz condenação criminal por decisão transitada em julgado.

A atuação do mediador no NCPC é norteada pelos princípios: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade , informalidade e da decisão informada. Já na Lei de Mediação no âmbito da administração pública, pugna os seguintes princípios: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé.

Denota-se das duas leis sob análise que o legislador ao disciplinar os princípios de mediação na Lei de mediação, amplia o rol princípio lógico contemplando formalmente os princípios da isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé, contribuindo ainda mais na estruturação procedural do instituto.

2.1.3 Mediação nas relações de consumo

Nos termos do caput do art. 4º da Lei Consumerista, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus direitos econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência

e harmonia das relações de consumo. Trata, ainda, o artigo em referência, dos princípios e dos instrumentos de execução de tal política.

Depreende-se da Política Nacional das Relações de Consumo que o direito do consumidor vai além da Lei 13.140/15, nesse sentido a Constituição Federal de 1988, ao lhe inserir não apenas nos direitos e garantias fundamentais como prevê o art. 5º, XXXII, o fez na ordem tributária no art. 150 § 5º e nos princípios da ordem econômica no art. 170, V conferindo o caráter amplo desse Direito.

Desse modo não existirá uma sociedade justa, livre e solidária sem garantir aos consumidores igualdade nas relações de consumo, portanto ao consumidor poderá ser assegurado o direito ao ônus da prova, a responsabilidade objetiva do fornecedor a solidariedade entre fornecedor, produtor e importador.

A prática da mediação como meio adequado de solução de conflito nas relações consumeristas é incentivada no ordenamento jurídico brasileiro, como se pode observar com o advento do novo Código de Processo Civil em seu Art. 3º; Art. 139, V; Art. 165 a 175. A Lei 13.140/15 disciplina a matéria de forma clara e ampla e a resolução 125/10 do CNJ que estabelece a política pública de tratamento adequado nos conflitos de interesse.

2.2 Teoria do Conflito e a Mediação

Na visão de (BONFIM e MENEZES 2008, p. 20) “é uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades [...] é o controle sobre recursos escassos. Prevalentemente esses recursos são identificados no poder, na riqueza e no prestígio”.

Portanto, o estabelecimento do conflito tem como nascedouro a escassez de recursos que podem ser de natureza econômico, informacional, emocional, psicossocial...etc nesse sentido, Bonfim e Menezes (2008) ressaltam que seja qual for a origem do conflito se identificará uma relação circular ou de interdependência entre as partes.

A mediação estimula, por meio do diálogo, o resgate dos objetivos comuns que possam existir entre os indivíduos que estão vivendo o problema.

Então podemos entender de acordo com Sales (2007) que a mediação procura evidenciar que o conflito é algo natural, inerente aos seres humanos, surgindo da

necessidade das pessoas de interagirem entre si, e não necessariamente é uma coisa negativa, mas sim algo positivo. Sem o conflito seria impossível haver progresso e provavelmente as relações sociais estariam estagnadas.

O conflito é a razão e não o “problema” para se buscar uma forma célere, objetiva, com o intuito de resolver a questão, sendo que a mediação vem com esse propósito, de conectar as partes em um único objetivo, um acordo sem litígio.

De acordo com Sales (2007, p. 24):

[...] o conflito, quase sempre tomado como algo negativo, é entendido pela mediação como algo positivo, natural e necessário para o aprimoramento das relações, e sua boa administração representa o caminho para o entendimento e para a harmonia entre as partes.

O que reflete como algo bom ou ruim para as pessoas é a administração do conflito. Se for bem administrado, ou seja, se as pessoas de forma pacífica conseguem conversar amistosamente, ou se procuram ajuda de um terceiro, para lhe auxiliar nesse diálogo, será um conflito bem administrado. Já se as pessoas se agredem fisicamente ou moralmente, ou simplesmente não querem conversar, acabam causando prejuízo a ambas as partes, então geram uma má administração do conflito. Portanto o conflito faz parte das relações humanas, as pessoas pensam diferente e estão muitas vezes em rota de colisão, tensionadas por posições e interesses contrários, nesse contexto a utilização de técnicas de mediação para facilitar a comunicação e identificação de reais interesses podem ajudar as partes a compreender a raiz do conflito, sair das posições e focar na questão problema abrissem para o diálogo e negociação dos interesses comuns.

D'Ansembourg (2013, p.14) nos traz que:

[...] o processo da comunicação não violenta nos estimula a parar e refletir sempre que reagimos fortemente a alguma coisa ou situação. Ele é composto por quatro fase: a observação (fase 1) invariavelmente nos suscita algum sentimento (fase 2), que por sua vez corresponde a uma Necessidade (fase 3), que nos convida a formular um pedido (fase 4).

O doutrinador acima exposto, diz que a comunicação positiva, entendida também como comunicação não violenta, é necessária para uma comunicação onde as pessoas possam compreender melhor seus interesses, sentimentos e necessidades.

A mediação torna-se um meio de solução adequado para a solução de conflitos. O diálogo é o caminho a ser seguido para se alcançar a essa solução, tendo como

fundamento a visão positiva do conflito, a cooperação das partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação.

Portanto, podemos afirmar que a mediação surge para auxiliar a sociedade na resolução de seus conflitos, trata-se de um tema que desafia a sociedade a se adequar a esta nova modalidade de resolução de conflitos.

2.3 Centro de Mediação e Cidadania da Estácio / CEUT

O Centro de Mediação e Cidadania Estácio – CEUT, iniciou no ano 2011, com o objetivo de dar a população teresinense a sua função social de acesso à justiça, através de serviços como a mediação de conflitos em diversas situações, casos ligados às áreas da família e do direito a vizinhança.

Projeto idealizado pelos professores Marconi dos Santos Fonseca, Maria do Socorro Carvalho de Sales Sousa, José Roger Gurgel Campos, juntamente com a professora e coordenadora do curso de direito Chrystianne Moura dos Santos Fonseca, coordenadora do projeto. O Centro de Mediação ainda conta com a participação de professores e alunos colaboradores, que ajudam assim com o seu desenvolvimento.

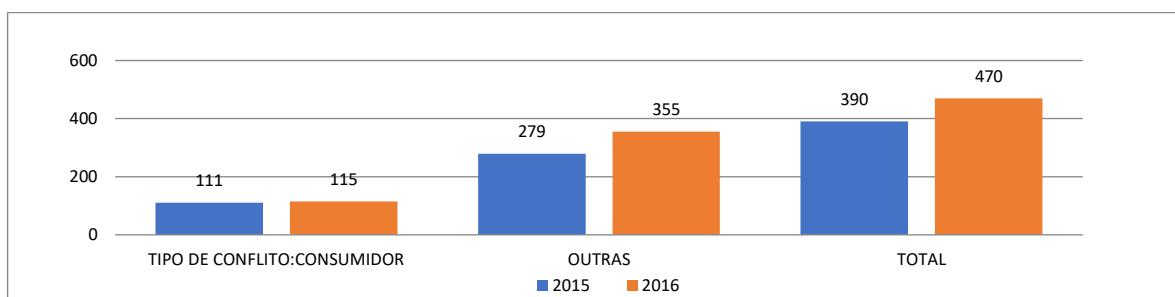
Todo o trabalho realizado no Centro de Mediação e Cidadania Estácio-Ceut, é devidamente registrado e catalogado para futuras averiguações, dentre eles estão dados sobre os casos, gráficos, data, horários, quantidade de casos em que houve acordo ou não etc.

As mediações são realizadas em estrutura física própria, localizado próximo à faculdade Estácio CEUT, com ambiente apropriado para realizações das mediações, munidos de instrumentos e ferramentas capazes de alcançar o seu propósito, que é um bom acordo entre as partes para solução do conflito.

Percebe-se que o sucesso é tão grande do projeto, pela quantidade da demanda com uma agenda de registros das sessões a serem realizados de pelo menos dois meses de prévio agendamento. Os números levantados pelas planilhas dos anos de 2015 e 2016 só confirmam que a cada ano só aumenta a procura pelos serviços do Centro de Mediação e Cidadania Estácio - CEUT, mostrando ser um projeto sério e com total aprovação da população Teresinense. Segue abaixo gráfico dos atendimentos nos anos de 2015 e 2016, confirmado o reconhecimento e a

confiança da sociedade nos serviços oferecidos pelo Centro de Mediação Comunitária-CMC da Estácio/CEUT.

Gráfico 1: Pessoas atendidas no CMC em 2015 e 2016

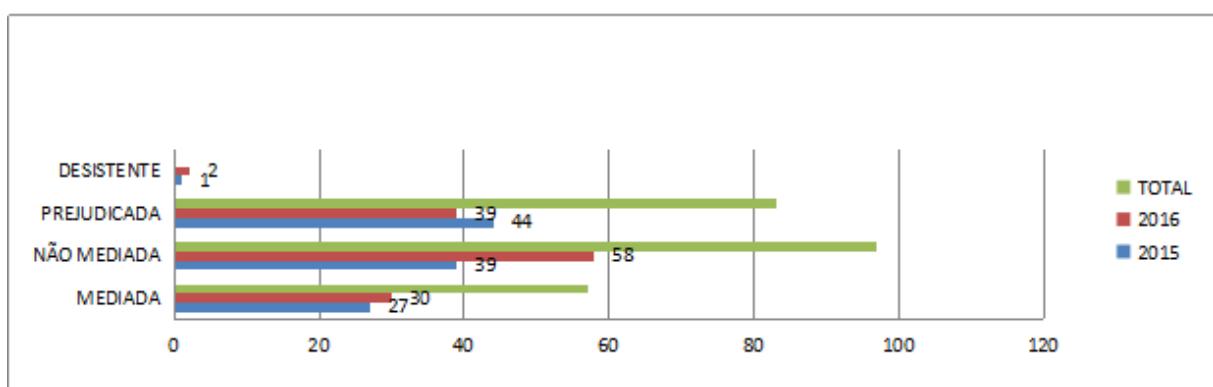


Fonte: Sistematização dos autores a partir dos documentos do CMC, 2017

Os números são bastante animadores quando comparamos a quantidade de atendimentos desde a implantação do CMC em novembro de 2011, pois no ano de 2016 foram feitos 470 atendimentos crescimento de 20,51 % em relação ao ano de 2015 que teve 390 atendimentos.

Os números demonstram que a sociedade aos poucos vem tomando conhecimento do trabalho realizado no CMC Estácio/CEUT e que os resultados são positivos para as partes e para a sociedade, pois o maior ganho é o reestabelecimento das relações através do diálogo respeitoso entre as partes.

Gráfico 2: Resultado dos atendimentos no CMC 2015 e 2016. Tipos de conflito consumidor

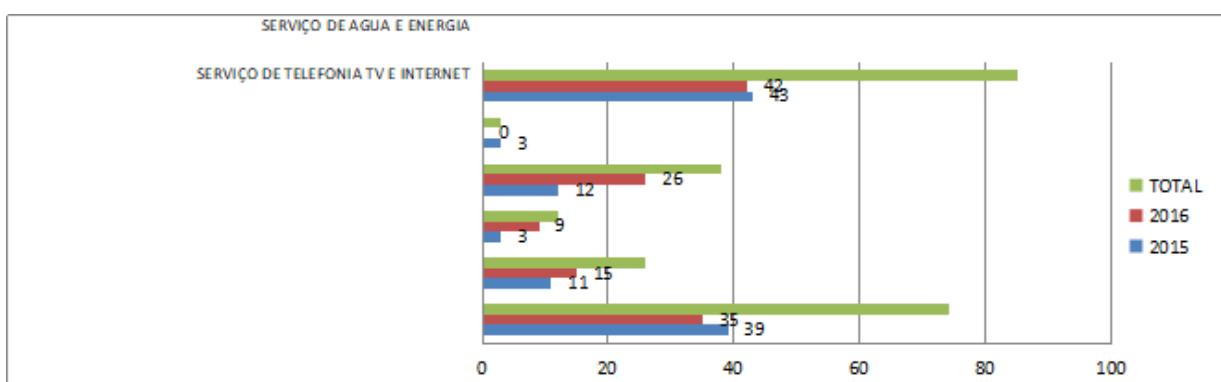


Fonte: Sistematização dos autores a partir dos documentos do CMC, 2017

Dos conflitos oriundos das relações consumeristas atendidos no CMC Estácio /CEUT no período de 2015 a 2016 , conforme Gráfico.2 23,75% resultaram em acordos, que de acordo Sales (2007) a mediação reestabelece as relações, que no

caso das relações consumeristas as relações reestabelecidas implicam em satisfação do cliente e imagem positiva para a marca, empresa ou instituição. Os efeitos desses acordos também refletiram positivamente na disseminação de um novo olhar nas relações de interesses opostos, as pessoas atendidas tenderam a refletir sobre a posição de cada uma nas relações de conflito e como a cooperação e diálogo vivenciados foram decisivos na resolução de conflitos de interesses.

Gráfico 3: Panorama de conflitos vivenciados pelo CMC em 2015 e 2016



Fonte: Sistematização dos autores a partir dos documentos do CMC, 2017

O Gráfico. 3 registra que serviços de utilidade pública, telefonia e comunicação, e os serviços bancários, seguros, cartão e consórcios estimularam mais pessoas a procura de solução, no total foram 140 pessoas, ou seja 58,33% da demanda da área de Consumidor. Esse panorama de conflitos vivenciados mostra a intenção das pessoas em continuarem as relações de interesses, pois são serviços indispensáveis como energia elétrica, água, telefonia e serviços bancários. Os consumidores querem resolver o problema e encontram na mediação o apoio para resolução do conflito.

3. CONCLUSÃO

A maioria das pessoas buscam o poder judiciário como primeira alternativa para solucionar seus conflitos, mas cresce no Brasil o movimento de autocomposição extrajudicial que utiliza meios adequados de solução de conflitos apoiado no Código de Processo Civil e na Lei de mediação e no Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem- CONIMA e Conselho Nacional de Justiça. A pesquisa se atreve a apresentar um desses métodos de autocomposição, a mediação, que é um método consensual fundado na cooperação entre as partes em que um terceiro

imparcial chamado de mediador auxilia as partes a encontrarem o ponto de equilíbrio (ganha-ganha) na situação problema. Pela mediação as partes se sentem livres para expressarem seus sentimentos, constroem e reestabelecem diálogos e relacionamentos pessoais, familiares e comerciais, esse método promove a inclusão e a paz social. Os objetivos da pesquisa nos levam a compreender que:

- a) identificar a quantidade de atendimentos realizadas no período de 2015 a 2016;

Os dados levantados mostram que de 2015 a 2016 foram atendidos 860 pessoas, sendo 390 em 2015 e 470 em 2016 observa-se que houve crescimento de 20,51%. Tais números traduzem uma diminuição da litigiosidade, fortalece na sociedade a confiança nas instituições que buscam promover a justiça.

Esse crescimento é atribuído ao trabalho e compromisso de funcionários, professores e estagiários que atuam no Centro de Mediação Comunitário da Estácio/CEUT, aliado a boa estrutura física do CMC, a cada ano crescem esses números frutos dessa sinergia, as pessoas bem atendidas ficam satisfeitas com o resultado e também divulgam o trabalho.

- b) identificar a quantidade de mediações realizadas no âmbito das relações consumeristas no período de 2015 a 2016;

Foram identificados no período pesquisado 240 registros como relacionados à área do consumidor, no ano de 2015 foram 111 e em 2016, 129 conflitos inerentes às relações consumeristas.

Nota-se que nos conflitos consumeristas, também, houve crescimento correspondente a 16,22%. Esse crescimento pode se relacionar ao fluxo da vida cotidiana que impõe a satisfação de necessidades de consumir, e logicamente conflitos de interesses podem fluir dessas relações.

- c) traçar panorama dos conflitos vivenciados e mediados nas relações consumeristas no período de 2015 a 2016.

Observa-se que serviços de utilidade pública, telefonia e comunicação, e os serviços bancários, seguros, cartão e consórcios estimularam mais pessoas a procura de solução, no total foram 140 pessoas, ou seja 58,33% da demanda da área de Consumidor.

A cada 100 atendimentos na área Cível-Consumidor 23 resultaram em acordo. Números bastante significativos quando comparamos com a pesquisa justiça em

números ano base 2016, que mostra que a cada 100 processos judiciais, 12 resultaram em acordos, desse modo a pesquisa demonstra que o instituto da mediação como meio adequado de pacificação social é um método simples e eficaz e que as instituições e os operadores do direito tem um papel fundamental na disseminação da cultura de mediação como método de inclusão e pacificação social, que a médio prazo transformará o modo como a sociedade tratará os conflitos nas relações familiares, contratuais e consumeristas.

Desse modo, o Centro de Mediação e Cidadania Estácio – CEUT é um forte parceiro da sociedade e da justiça, pois os cidadãos ao compreenderem que podem apaziguar suas relações sociais de conflito em ambiente diferente do poder judiciário contribuirão na diminuição do volume de ações judiciais, aumento da paz social e inclusão social, pois serão responsáveis e protagonistas da paz social no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lei nº 13.140**, 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03. Acesso em: 20 ago.2017.

_____. **Novo Código de Processo Civil**. Lei nº13.105, de 11 de setembro de 1990. São Paulo: Saraiva, 2016.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf. Acesso em: 24 ago.2017.

_____. Resolução nº125 de 29 de novembro de 2010 e alterações. Disponível em: cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 31 ago.2017.

D'ANSEMBOURG, Thomas. **Deixe de ser bonzinho e seja verdadeiro**: como se relacionar bem com os outros sendo você mesmo. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

JÚNIOR, Asdrubal. Mediação Judicial e extrajudicial NCPC e Lei de Mediação. Disponível em: <<http://anec.org.br/forumdireito/wp-content/uploads/sites/5/2014/09/palestraAsdrubal.pdf>>. Acesso em : 24. Ago.2017.

MEDIARE. **Mediação de Conflitos um Meio de Prevenção e Resolução de Controvérsias em Sintonia com a Atualidade**. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/01/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MENESES, Helen M. Ferreira de; BONFIM, Ana Paula R. do. MESCS- Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OABRJ. **Manual de Mediação**. Disponível em: <<http://camc.oabpj.org.br/camc/home/download>>. Acesso em : 25 ago.2017.

PORUGAL, Bacellar Roberto. **Mediação e Arbitragem**. Coleção saberes do direito, 53Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Cristiano A. da; BARBOSA, Oriana P. de Azêvedo. **Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo Código de Processo Civil Brasileiro-Lei 13.105**, 2015. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf>. Acesso em: 17 ago.2017.

VALCONOVER, F. Haselof. **O Princípio do Acesso à Justiça após a Emenda Constitucional nº 45**, 2004. Disponível em : <http://www.tex.pro.br/home/artigos/259-artigos-jan-2014/6386-> Acesso em: 25 ago.2017.

SALES, Lília Maia De Moraes. **Mediare Um Guia Prático Para Mediadores.** 3 Edição. Ceará: GZ Editora, 2003.

_____. **Mediação de Conflitos:** Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CAPÍTULO 13

O ABUSO DE PODER COMO MEIO PARA CAPTAÇÃO DE VOTOS

Ana Rafaela Sousa dos Santos

Bacharel em Direito

E-mail: rafaela_flh@hotmail.com

Alécio Valois Pereira de Araújo

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

E-mail: aleciovalois@gmail.com

Resumo: O tema em apreço tem a importância da diminuição do abuso de poder e a captação de votos, tendo em vista que as leis estão em vigor para serem cumpridas independente se são autoridades ou não, pois todos os cidadãos devem cumprir a lei, e as autoridades que aprovam as leis e que modificam deviam ter mais respeito para com os cidadãos para mostrar que estão aptos para governar honestamente, sem se privilegiar por causa de poder ou simplesmente se beneficiar da imunidade parlamentar e achar que a lei é inalcançável para eles. O objetivo deste artigo é avaliar as leis, doutrinas e jurisprudências no que se alude o abuso de poder como meio para captação de votos. O trabalho foi elaborado nas análises do artigo 41-A da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), e inelegibilidade por oito anos, segundo a alínea „j” do dispositivo do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidades), com as mudanças feitas pela Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010).

Palavras-chave: Abuso de poder; Compra de votos; Captação de sufrágio

Abstract: The subject under consideration has the importance of reducing abuse of power and attracting votes, given that laws are in place to be enforced independently whether they are authorities or not, as all citizens must comply with the law, and the authorities Who approve laws and who modify should have more respect for citizens to show that they are able to govern honestly and without privileging because of power or simply to benefit from parliamentary immunity and to think that the law is unreachable for them. The purpose of this article is to evaluate the laws, doctrines and jurisprudence in which abuse of power is mentioned as a means of obtaining votes. The work was elaborated in the analyzes of article 41-A of the Law of Elections (Law no. 9,504 / 1997), and ineligibility for eight years, according to item 'j' of the provision of article 1 of Complementary Law no. 64/90 Ineligibilities), with the changes made by the Clean Sheet Act (LC nº 135/2010).

Keywords: Abuse of power ; Buy votes ; Capture of suffrage.

1. INTRODUÇÃO

O abuso de poder como meio de compra de votos trata-se de um ato ilícito que ao decorrer do trabalho será perceptível após uma longa discussão até chegar a análise final. O abuso de poder como meio de captação de sufrágio é um assunto que a sociedade deveria tratar com mais cuidado, tendo em vista, por exemplo, a utilização da “máquina administrativa” para obter benefício próprio, a utilização da máquina não é o principal problema, tendo em vista outros atos ilícitos que podem ser praticados como serão expostos ao decorrer do artigo. Apesar das recentes alterações das leis que regem o ordenamento jurídico ainda há muito que discutir em relação ao tema em questão. A Constituição Federal Brasileira de 1988 regulou os direitos políticos (artigo 14 a 16) e dispôs sobre os partidos políticos (artigo 17), mantendo a Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário, como um de seus órgãos (inciso v, do artigo 92, e 118 à 121). Este trabalho traz uma discussão sobre o abuso de poder como meio para captação de sufrágio. Adotando-se para tanto como instrumento metodológico a pesquisa de artigo científico, bibliografia de renomados doutrinadores do Direito a respeito do tema, a Constituição Federal, bem como leis relacionadas ao tema.

2. ASPECTO GERAL DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

O Direito Eleitoral é conceituado como o ramo do Direito Público constituído por normas e princípios disciplinadores do alistamento, da convenção partidária, do registro de candidatos, da propaganda política, da votação, da apuração e da diplomação dos eleitos, bem como das ações, medidas e demais garantias relacionadas ao exercício do sufrágio popular segundo Roberto Moreira de Almeida (2015, p. 43). Já para Fávila Ribeiro (2000, p. 04) o Direito Eleitoral dedica-se ao estudo das normas e dos procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental.

A finalidade do Direito Eleitoral é iluminar os caminhos escuros da Democracia e dar esperança ao povo, cujo poder é inerente, de forma que, portanto, o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que mais sofre mudanças legislativas, que mais se aperfeiçoa na seara tecnológica, assim dificulta uma sistematização legal e um

estudo mais aprofundado, exigindo da doutrina e da jurisprudência uma mudança valorativa radical, para efeito de acompanhar as mudanças sociais, políticas e econômicas de uma sociedade. O Direito Eleitoral é um ramo de direito público. Possui autonomia didática, científica e normativa. O Direito Eleitoral descende diretamente da Constituição Federal. A Constituição Federal regulou os direitos políticos (artigo 14 a 16) e dispôs sobre os partidos políticos (artigo 17), mantendo a Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário, como um de seus órgãos (inciso v, do artigo 92, e 118 a 121). Regulou amplamente a eleição para Presidente e Vice-Presidente da República, indicando as substituições e seu processo, nos casos de impedimento e vacância. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias contém vários artigos referentes ao Direito Eleitoral, mormente sobre plebiscito, mandatos e eleições (artigo 2º, 4º, 5º etc).

Para Joel Jose Cândido (1996, p. 19) “o direito eleitoral se consolida mais por suas características peculiares, do que por descender do direito constitucional, pertencendo este ao ramo do direito público”.

Aprofundando essa conceituação, cumpre ainda acrescentar que, o Direito Eleitoral segundo Marcos Ramayana (2008, p. 26) é:

[...] um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo de alistamento, filiação partidária, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda política eleitoral, votação, apuração, diplomação, bem como as formas de acesso aos mandatos eletivos através dos sistemas eleitorais.

Após o exposto acima podemos dizer que o Direito Eleitoral sofre muitas alterações para que o país possa obter uma eleição “limpa” sem vícios e manobras ardilosas que possam alterar o resultado das eleições através de atos ilícitos cometidos pelos candidatos durante o período eleitoral.

3. ABUSO DE PODER

É indubitável que o poder econômico, o poder político e o uso dos meios de comunicação influenciam sobremaneira o resultado das eleições, conforme pensamento de Almeida (2015, p. 499). O Barão de Montesquieu costumava salientar, a propósito, que todo ser humano que dispõe de poder é levado a dele abusar.

O que comentar sobre o abuso de poder econômico, político e dos meios de comunicação nas campanhas eleitorais?

Delosmar Mendonça Júnior (2006, p. 144) é sábio ao asseverar que “determinadas condutas praticadas com excesso e com desvio de finalidade são consideradas abusos de poder e desequilibram as eleições, distorcendo a vontade do eleitor, e consequentemente, o resultado do pleito”.

São de Três espécies o abuso de poder nas eleições, a que a legislação eleitoral vislumbra combater:

- I. O abuso de poder econômico;
- II. O abuso de poder político e;
- III. O uso abusivo dos meios de comunicação.

3.1 ABUSO DE PODER ECONÔMICO

Considera-se abuso de poder econômico quando o candidato usa ilicitamente a troca do voto, que é um direito político, por bens ou favores. Tem como propósito eliminar concorrentes eleitorais. Também dar-se abuso de poder econômico quando ocorre o controle da opinião da sociedade e o emprego de dinheiro através de práticas de apoio financeiro a candidatos e partidos políticos de acordo com o Doutrinador Djalma Pinto (2003, p. 198).

Já Roberto Moreira de Almeida (2015, p. 500) define que o abuso de poder econômico, em um regime verdadeiramente democrático, apregoa-se que todos os candidatos tenham as mesmas oportunidades para a conquista do voto do eleitor. Em qualquer país capitalista, no entanto, o poder econômico tem sido a ferramenta mais preponderante para a obtenção da vitória de candidatos endinheirados nas urnas. Mais o que vem a ser abuso de poder econômico? Discorrendo sobre o tema, José Ulysses Silveira Lopes (1997, p. 72) se reportou que o abuso de poder econômico no pleito não significa necessariamente pegar dinheiro e comprar voto. O abuso de poder econômico em Direito Eleitoral não significa necessariamente pegar uma cédula, rasgá-la, entregar para o eleitor, indagar onde ele vota, para que depois, se constatado o voto, dar-lhe a outra metade da cédula. Não, não é isso. Abuso de poder econômico é também e, sobretudo, sem possibilidade de individualidade tal qual dispõe a lei, de gastar de forma anormal, de gastar de forma má, de fazer com que os gastos influam negativamente na vontade do eleitor, é uma fraude. Induz em erro. Invalida aquele ato jurídico de votar, já que ele está incluído na grande gama de atos jurídicos que existem por aí. Não precisa, para se provar abuso de poder econômico,

tal qual ocorreu num Estado da Federação, em que a televisão documentou, dos votos sendo vendidos.

Abuso de poder econômico, para fins meramente didáticos, é o emprego de recursos financeiros e não financeiros, materiais e humanos, antes ou durante a campanha, com inobservância dos ditames fixados pela legislação eleitoral, com o afã de favorecer candidato, partido ou coligação, ocasionando lesões à normalidade e à legitimidade dos pleitos eleitorais.

A lei das Eleições nº 9504/97 previu regras para arrecadação e aplicação de recursos nas campanhas eleitorais que, uma vez violadas, podem vir a caracterizar abuso de poder econômico nas eleições, a saber:

- I. Limitações de gastos de campanha por cargo em disputa, através de lei ou, na ausência desta, pela agremiação partidária;
- II. Obrigatoriedade de criação de comitês financeiros partidários, com a finalidade de arrecadar recursos e aplicá-los nas campanhas eleitorais;
- III. Indicação de quem seja o responsável pela administração financeira da campanha;
- IV. Abertura de contas bancárias específicas para registrar toda a movimentação financeira da campanha eleitoral e outras.

O abuso do poder econômico, por outro lado, está previsto na Constituição, em seu art. 14, § 9º:

...] lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Há, ainda, a sua previsão na chamada ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), fundamentada na Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/1990), cujo art. 22 dispõe que:

...] qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político [...].

Neste sentido, logo abaixo podemos ver a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral Recurso Ordinário 1764730/SP:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO FEDERAL REPRESENTAÇÃO. **ABUSO DO PODER ECONÔMICO.** NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. 1. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o **abuso do poder econômico** caracteriza-se pelo uso desproporcional de recursos patrimoniais, sejam eles públicos ou privados, de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de determinada candidatura. 2. No caso dos autos, a única prova da suposta prática do **abuso de poder** - descartada a gravação ambiental reconhecida como ilícita - consiste em vales-combustível apreendidos com os respectivos recibos, os quais totalizam a ínfima quantia de R\$ 500,00, sem qualquer evidência da alegada distribuição indiscriminada. Não foram produzidas outras provas de razoável simplicidade, como a tomada de depoimentos de outras pessoas a quem **poderia** ter sido oferecido combustível, da mulher que falou pela segunda vez com o jornalista, do responsável pelas declarações acerca da suposta oferta de combustível ou dos empregados dos postos titularizados pelo candidato, tampouco foram requeridos documentos de controle desses postos. 3. Recurso ordinário provido para julgar improcedente o pedido formulado.

3.2 ABUSO DE PODER POLÍTICO

O abuso de poder político é configurado quando há utilização em excesso de recurso público em benefício de um determinado candidato. Segundo Adriano Soares da Costa (2002, p. 478 e 479) leciona que o abuso de poder político é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato. É a atividade ímpresa do administrador, com a finalidade de influenciar no pleito eleitoral de modo ilícito, desequilibrando a disputa. Sem improbidade, não há abuso de poder político.

O abuso do poder político consiste no uso ou na utilização indevida da máquina administrativa em prol de determinado candidato, partido ou coligação. É um ato abusivo de autoridade em detrimento da liberdade do direito de sufrágio do eleitor. Neste sentido, a Lei das Eleições previu regras para coibir o abuso de poder político nas campanhas eleitorais. Traça a observância de certas condutas a agentes públicos, tais como a proibição de:

- I. Utilizar bens móveis ou imóveis em benefício de candidatos, partidos ou coligações;
- II. Utilizar materiais ou serviços custeados por governos ou casas legislativas;

- III. Utilizar servidores públicos durante horário de expediente;
- IV. Fazer uso promocional de distribuição gratuita de bens e serviços de carátersocial;
- V. Realizar movimentação de pessoal;
- VI. Fazer transferência voluntária de recursos;
- VII. Divulgar publicidade institucional em período eleitoral;
- VIII. Fazer pronunciamentos em cadeia de rádio e TV, salvo no horário eleitoralgratuito;
- IX. Realizar despesas excessivas com publicidade e;
- X. Fazer revisão geral da remuneração dos servidores públicos.

Neste sentido logo abaixo esta relacionado à jurisprudência do Tribunal Regional Eleitora o Recurso Especial 48664/PA:

Ementa: ELEIÇÕES 2012. RECURSO ELEITORAL. AIJE. CONDUTA VEDADA. **ABUSO DE PODER POLÍTICO E DE AUTORIDADE.** MULTA. INELEGIBILIDADE. CASSAÇÃO DE REGISTRO E DIPLOMA. CARGO PREFEITO E VICE-PREFEITO. 1. Ausência de quaisquer rastros que **possam** levar a conclusão de queo bem móvel (retroescavadeira) tenha sido utilizado como subterfúgio para beneficiar os representados. 2. Não há certeza da imediata ou mediata participação e intenção dos recorridos e de lograr proveitodo referido evento, em razão, não só da fragilidade da prova documental, mas também da inexistência de provas testemunhais capazes de demonstrarem o favorecimento e a promoção dos candidatos recorridos. 3. Não houve efetivamente a cessão ou uso de bem móvel (retroescavadeira) pelos recorridos; não se fez ou nemse permitiu o uso promocional em favor de candidatos, partido **político** ou coligação, mediante distribuição gratuita de bense serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo **Poder** Público. 4. Recurso conhecido e improvido, para manter íntegra a sentença de piso.

3.3 ABUSO DE PODER NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

O uso dos meios de comunicação social constitui o instrumento mais eficiente de poder político na atualidade. Representa, hodiernamente, na expressão de Vital Moreira (1994, p. 9), “não a expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, mas de interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesses. Faz-se mister, portanto, se encontrar fórmulas para coibir o uso indevido dos meios de comunicação social (nas eleições)”.

Já segundo Delosmar Mendonça Júnior (2006, p. 146), trata-se o papel da mídia e suas interferências lesivas, se usada abusivamente, no resultado dos pleitos

eleitorais: “o abuso do poder de mídia, ou dos meios de comunicação, é a utilização de veículos da imprensa (rádio, jornal, TV) em benefício de determinado candidato, concedendo-lhe espaço privilegiado ou criticando abusivamente os demais. Há que se distinguir a crítica política razoável e até mesmo a tomada de posição que se admite nos órgãos da imprensa escrita, com a transformação do veículo em “braçode campanha”, atuando ostensivamente como militante de uma candidatura”.

O abuso do poder dos meios de comunicação pode ser conceituado como o emprego a utilização excessiva, indevida ou deturpada dos veículos de imprensa escrita (jornais, revistas, livros e periódicos) ou do rádio, da televisão ou da internet nas campanhas eleitorais por candidato, partido ou coligação, produzindo lesões à normalidade e à legitimidade dos pleitos eletivos.

Neste sentido, logo abaixo apresento uma jurisprudência do TSE – Recurso Ordinário RO 756930/RJ:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. DEPUTADO ESTADUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. **USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.** JORNAL IMPRESSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. 1. Os veículos impressos de **comunicação** podem assumir posição favorável em relação a determinada candidatura, inclusive divulgando atos de campanha e atividades parlamentares, sem que isso caracterize por si só **uso indevido** dos **meios de comunicação social**, devendo ser punidos pela Justiça Eleitoral os eventuais excessos. 2. No caso dos autos, na grande maioria das oito edições impugnadas do Jornal Repórter, veiculadas entre abril de 2013 e abril de 2014, não houve destaque exclusivo à atuação parlamentar do recorrente, tendo sido também destinado espaço para diversos políticos em níveis municipal, estadual e federal. 3. Recurso ordinário provido.

3. CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO

Roberto Moreira de Almeida (2015, p. 508) conceitua que a captação de sufrágio é hipótese específica de abuso de poder econômico. Sob a ótica civil-eleitoral, só é juridicamente relevante se praticada entre a formalização do pedido de registro da candidatura e o dia da eleição, inclusive.

Nesse sentido, por visar à proteção do voto do cidadão, entendeu o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que “o disposto no artigo 41-A da Lei nº 9.504/1997 não apanha acordo, ainda que a envolver pecúnia, para certo candidato formalizar desistência da disputa” (AgR-REspe nº 54178/AL, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE* de

30.11.2012). Ou seja, a compra de apoio político de candidato concorrente não constitui captação ilícita de voto, ainda que implique a desistência da candidatura.

A previsão legal reza pelo artigo 41-A da Lei das Eleições, com a redação dada pela Lei 9840/99:

Ressalvando o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, promover, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR e cassação do registro ou do diploma, observando o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90.

A proibição da captação ilícita de sufrágio tem papel importantíssimo na luta por participação política do povo e na consolidação da democracia brasileira, pois demonstra o exercício do poder pelo povo de maneira direta, já que a Lei nº 8.840/99, que acrescentou à Lei nº 9.504/97 a figura do ilícito, é de iniciativa popular. O movimento que culminou na iniciativa de lei também foi responsável por colher as mais de um milhão de assinaturas de eleitores de todo o país antes de apresentar o projeto de lei ao Congresso Nacional, cuja conversão na Lei nº 9.840 se deu em 28 de setembro de 1999.

O próprio texto do artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 já delinea bem o conceito da captação ilícita de sufrágio, que também é definida por Roberto Moreira de Almeida como “o aliciamento espúrio de eleitores mediante a compra, direta ou dissimulada, de seus votos” (2011, p. 430). A captação ilícita de sufrágio consiste, assim, em promessa ou oferecimento de vantagem ao eleitor em troca de voto. É importante ressaltar que o autor dessa prática deve ser o candidato, ainda que indiretamente, ou de forma presumida, ou seja, nos casos em que ele não age, mas tem conhecimento e dá anuênciam à prática realizada por outrem com o mesmo objetivo.

4. PRINCÍPIOS

Para Roberto Moreira de Almeida (2015, p. 51) o vocábulo princípios tem vários sentidos ou significados, no campo jurídico pode ser empregado no sentido de regra fundamental, regra padrão ou regra paradigma à ciência do direito. Já Jânio Quadros (1976, p. 923) elencou os seguintes significados da palavra sob disceptação:

"é ato de principiar; momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez ou em que alguma coisa tem origem; causa primária; origem; começo; razão fundamental; elemento que predomina na constituição de um corpo organizado; regra; teoria; preceito moral; estreia; germe; opinião; modo de ver; o princípio da vida; primícias; rudimentos; antecedentes; opiniões; convicções; regras fundamentais e gerais de qualquer ciência ou arte".

Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 123) define princípio como "a norma que orienta a elaboração de outras de primeiro grau, extraída, por dedução, do sistema normativo, operando limitação das próprias normas e auto integração do sistema." Por ai bem se ver que é uma generalização extraída do próprio corpo do ordenamento jurídico, evitando o problema das lacunas (operando auto integração do sistema) e limitando outras normas. Ou seja, os princípios indicam uma ordenação, que incide sobre as demais normas, servindo de base para a aplicação do direito.

Conforme a doutrina de José Jairo (apud Miguel Reale, 1994, p. 60), duas são as interpretações da palavra princípio: "uma moral, outra lógica. A primeira refere-se às virtudes ou às qualidades apresentadas por uma pessoa. Quando se diz que alguém tem princípios, quer se dizer que é virtuoso possui boa formação ética, é honesto, diligente e probo; nele se pode confiar. Já sob o enfoque lógico, os princípios são identificados como verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade".

4.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Friedrich Muller (2000, p. 57, 115) diz que a democracia se fundamenta na "determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo.". A democracia acaba por se revelar um eminent valor que foi construído ao longo da história. A própria observância do respeito à dignidade humana revela esse valor da democracia, pois se trata de um fundamento de qualquer regime democrático.

Vemos então que a democracia é o governo de todos, ou seja, ela seconsolidada com a participação popular.

Pedro Lenza (2014, p. 1396) diz que a democracia é classificada como democracia direta, democracia representativa e democracia semidireta ou participativa. Na democracia direta, o povo exerce por si o poder, sem intermédio, sem representantes. Na representativa, o povo soberano elege representante, outorgando-

Ihes poderes, para que, em nome deles e para eles, governem o país. A democracia semidireta ou participativa trata-se de um “sistema híbrido”, uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta, ou seja, é um sistema que possibilita a participação direta e um controle da sociedade sobre os atos do Estado.

4.2 PRINCÍPIOS REPUBLICANOS

O princípio republicano encontra-se insculpido no artigo 1º da Constituição Federal, que, desde a evolução constitucional de 1889, instaurou a República no seio do país, mantendo-a como princípio fundamental da ordem constitucional, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O princípio republicano, portanto, implica na necessária legitimidade popular do Presidente da República (CF, art. 77 e 82), dos Governadores de Estados (CF, art. 28), dos Prefeitos Municipais (CF, 29, I) e do Governador do Distrito Federal (CF, 32, §2º), eleições periódicas por tempo determinado, ou seja, na temporariedade dos mandatos eletivos e na consequente não vitaliciedade dos cargos políticos.

4.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Tal princípio está previsto no art. 14, §9º, da Constituição Federal, e este procura conduzir a ética para dentro do sistema eleitoral. Significa dizer que o mandato

obtido por meio de práticas ilícitas não goza de legitimidade, isto é, que o mandato político deve ser conquistado e exercido dentro de padrão ético aceito pela civilização.

4.4 PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES

A legitimidade das eleições é princípio inscrito no artigo 14, §9º, da Constituição Federal brasileira. Há legitimidade quando a comunidade reconhece e aceita algo como correto, justo e adequado; baseia-se no consenso e no reconhecimento geral. Poder legítimo é aquele respeitado na comunidade. Portanto, uma eleição legítima corresponde àquela conforme a legalidade, seguindo as prerrogativas pautadas em lei e moralidade.

4.5 PRINCÍPIOS DA PROBIDADE

Na seara do direito eleitoral, o art. 14, §9º, da CF, determina que a probidade administrativa seja protegida, o que é feito por intermédio de hipóteses de inelegibilidade para o agente ímparo.

4.6 PRINCÍPIOS SUFRÁGIO UNIVERSAL

Maria Helena Diniz (1998, p. 458) define o sufrágio universal como: “Aquele sistema que não impõe ao exercício do direito de votar nenhum requisito, restrição ou condição, salvo a incapacidade civil ou suspensão dos direitos políticos. Todo cidadão civilmente capaz e habilitado pela Justiça Eleitoral, que não esteja suspenso dos direitos políticos, pode votar, escolhendo candidatos para ocupar cargos eletivos”.

Na Constituição Federal, está previsto o voto secreto, obrigatório, direto e igual para todos os brasileiros. A Constituição declara que, no Brasil, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e facultativos para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18 anos.

4.7 PRINCÍPIOS DA SOBERANIA POPULAR

O poder soberano emana do povo, como preleciona a Constituição Federal no artigo 1º sendo a soberania popular concretizada pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Miranda (apud MEZZAROBA, 2008, p. 18) nos ensina que “um estado se caracteriza como soberano na medida em que pode usufruir plenamente dos seus direitos, em que pode participar direta e livremente na comunidade internacional, sem se sujeitar a qualquer outro estado e, nessa qualidade, estabelece livremente sua própria ordem jurídica, bem como sua organização dos poderes”.

4.8 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E ISONOMIA

Tal princípio está previsto no artigo 5º da carta magna brasileira, impondo que a todos os residentes no território brasileiro devem ser deferidos o mesmo tratamento, não se admitindo discriminação. No direito eleitoral, o princípio da isonomia rege diversas situações. Basta citar que os concorrentes a cargos políticos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei, a exemplo da quantidade do horário da propaganda partidária, em que os maiores partidos detêm mais espaço na mídia, atendendo ao interesse de se fortalecer os partidos, o que determina por conferir maior estabilidade aos governos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após várias buscas e leituras referentes ao tema em discussão, pode-se concluir que o direito eleitoral sofre muitas alterações. Estas alterações visam cessar com os atos ilícitos cometidos pelos candidatos em período eleitoral, tendo em vista as práticas ardilosas e maliciosas dos concorrentes aos cargos políticos que são capazes de infringir as leis para obter vantagens pessoais e até mesmo levando a vitória no pleito eleitoral.

A influência do poder aquisitivos dos candidatos sobre a população menos favorecida e os inúmeros escândalos que vêm acontecendo no meio da política no nosso país fizeram surgir na sociedade um sentimento de revolta contra a impunidade dos candidatos que tem uma conduta ilícita, e apesar de esses atos serem noticiados com grande frequência, as pessoas não conseguem compreender como

estes políticos não são punidos, tendo o pensamento de que pessoas que tem uma situação financeira melhor não vão para cadeia e nem perdem o mandato. Tendo em vista esta revolta, foi criada uma lei mais rígida que visa punir mais severamente os candidatos que compram votos, não apenas tirando-lhes o direito de liberdade mais também cassando seus mandatos, deixando inelegíveis e outros procedimentos.

O convencimento dos candidatos tem que ser feito de forma lícita, sem nenhum vício, métodos escuros ou duvidosos, para que não haja disparidade e desequilíbrio da disputa entre os candidatos, deixando com que os cidadãos possam escolher seus candidatos sem terem favorecimentos próprios. Deste modo, o ordenamento jurídico eleitoral brasileiro busca coibir o abuso de poder econômico, político e por meio de comunicação social, manifestados através da captação de sufrágio, da utilização da máquina administrativa, da persuasão dos subordinados que é no caso de candidatos a reeleição, e entre demais condutas.

Outra medida que poderia cessar estes vícios maliciosos e ardilosos seria acabando com a ligação do instituído da reeleição aos chefes do Executivo com o ordenamento jurídico eleitoral, observar-se que o grande problema não é a reeleição e sim os abusos de poderes cometidos, o que tem que continuar mudando são as leis e a aplicação delas, pois no momento em que políticos e candidatos que quiserem disputar o pleito eleitoral verem que realmente as leis que regem o ordenamento jurídico têm efeitos sobre todos, começarão a ponderar seus atos, e como o Direito Eleitoral é o ramo de direito que mais sofre alterações, deverão ser observadas se com a últimas alterações houve um progresso positivo em relação aos atos ilícitos cometidos basicamente durante o período eleitoral, caso a resposta seja negativa poderá o legislador modificar a lei e deixá-la cada vez mais severa e, sendo assim, a sua aplicação será cada vez mais eficaz e os atos ilícitos e os abusos de poder cometidos serão cada vez menores.

Por fim, após várias pesquisas podemos perceber que o abuso de poder é o grande problema em uma eleição, seja ele político, econômico ou por meio de comunicação social, com a alteração da Lei das Eleições diminuindo o tempo de campanha, diminuindo o tempo da utilização dos meios de comunicação social, trará a diminuição de práticas ilícitas que possam ser cometidas pelos candidatos. E se as leis e suas aplicações continuarem sendo seguidas rigorosamente e tendo a fiscalização necessária durante o pleito eleitoral, o Brasil poderá ter uma eleição

“limpa” sem nenhum tipo de manobras ou vícios. É importante ressaltar que as leis em vigor já trouxeram uma grande mudança para as últimas eleições, tendo como exemplo os prazos para a campanha eleitoral.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Roberto Moreira. **Curso de Direito Eleitoral**. 9. ed. Salvador:JusPodivm, 2015.
- ALMEIDA, Roberto Moreira. **Curso de Direito Eleitoral**. 5. ed. Salvador:JusPodivm, 2011.
- BRASIL, Constituição (1988). In: **Vade Mecum Compacto**. 17. ed. São Paulo:Saraiva, 2017.
- BRASIL. Lei das Eleições nº 9504/97.
- BRASIL. Lei Complementar da Inelegibilidade nº 64/90. BRASIL. Lei Complementar da Ficha Limpa nº 135/2010
- CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 6. ed. Bauru: Edipro, 1996.
- COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte:Del Rey. 2002.
- DINIZ, Maria Helena, **Sufrágio universal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1998 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. ed. São Paulo: Atlas. 2013.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. Ed. São Paulo:Saraiva, 2014.
- LOPES, José Ulysses Silveira. **Elegibilidade & Inelegibilidade** .ed. São Paulo:Atlas. 1997.
- MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Manual de Direito Eleitoral**. Salvador:JusPodivm, 2006.
- MEZZAROBA, Orides. **Partidos políticos**: princípios e garantias constitucionais.Curitiba: Juruá, 2008.
- MOREIRA, Vital. **O Direito de Resposta na Comunicação Social**. Coimbra:Coimbra, 1994.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2^a ed. SãoPaulo: Max Limonad. 2000.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 5^a. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2013.
- PINTO, Luiz Djalma. **Direito Eleitoral Improbidade Administrativa eResponsabilidade Fiscal Noções Gerais**. São Paulo: Atlas, 2003.
- QUADROS, Jânio. **Novo Dicionário Prático da Língua Portuguesa**. São Paulo.RIDEEL. 1976.
- RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva.1994.
- RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey,2001.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo:Saraiva, 2010.

CAPÍTULO 14

O AUMENTO DOS HOMICÍDIOS CONTRA O SEGMENTO LGBT COMO CONSEQUÊNCIA DA INEFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DO CEARÁ

Giácomo Tenório Farias

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Centro Universitário Paraíso (UNIFAP/CE). Advogado.

E-mail: giacomofarias.adv@gmail.com

Alex Silva Gonçalves

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Centro Universitário Paraíso (UNIFAP/CE) Advogado

E-mail: dralexgoncalves@hotmail.com

Resumo: O artigo tem como finalidade apontar o aumento no número de homicídios praticados como a minoria sexual LGBT, para tanto discorrendo sobre a homossexualidade, conceituação de minoria e grupo vulnerável. Nesse sentido, serão abordados os instrumentos legislativos, ações e os programas voltados a tutelar os direitos, compreendendo como resultados de demandas sociais que resultaram na feitura de políticas públicas. Igualmente, serão analisados os relatórios estatísticos dos homicídios ocorridos nos anos de 2012-2016, tendo como fim verificar se existe uma correlação do contínuo aumento dessa violência como a inefetividade das políticas públicas específicas da população LGBT. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, o método de procedimento foi monográfico e as técnicas de pesquisa foram a bibliográfica e a quantitativa.

Palavras-chave: Inefetividade; LGBT; Homicídio; Políticas Públicas; Violência.

Abstract: The article aims to point out the increase in the number of homicides practiced as the LGBT sexual minority, for both discoursing on homosexuality, conceptualization of minority and vulnerable group. In this sense, the legislative instruments, actions and programs aimed at protecting the rights will be approached, including the results of social demands that have resulted in the creation of public policies. Likewise, the statistical reports of homicides occurring in the years 2012-2016 will be analyzed, in order to verify if there is a correlation of the continuous increase of this violence as the ineffectiveness of the specific public policies of the LGBT population. The method of approach used was hypothetico-deductive, the procedure method was monographic and the research techniques were bibliographic and quantitative.

Keywords: Ineffectiveness; LGBT; Murder; Public policy ; Violence.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo apresentar o aumento dos crimes de homicídios contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) no estado do Ceará, no quinquênio 2012-2016 e demonstrar que está associada a inefetividade de políticas públicas voltadas para o gênero específico no Brasil.

Nesse sentido, no primeiro tópico será traçado um breve relato sobre a homossexualidade com o fim de estabelecer uma premissa história básica, compreendendo as questões de gênero e de desigualdades profundas entre o ser masculino e o feminino. Na segunda parte será discutida a (in)existência de instrumentos normativos brasileiros exclusivamente voltados para garantir e assegurar os direitos desse segmento populacional, para tanto reconhecendo-o como uma minoria e grupo vulnerável.

Com isso, no terceiro item será apresentado as principais ações e programas governamentais, entendendo-as como resultados de várias políticas públicas implementadas no Brasil. Por fim, no último tópico do presente artigo será apresentado um recorte sobre os crimes de homicídios ocorridos no Brasil e no estado do Ceará, nos últimos cinco anos (2012-2016), para isso, analisando os relatórios de violência homofóbica, bem como o Relatório 2016 do Grupo Gay da Bahia (GGA).

Buscar compreender como a opção sexual, manifestação clara da liberdade individual e da dignidade humana, por si só, ainda é razão primeira para a prática de atos preconceituosos e legitimar a conduta criminosa no Brasil por indivíduos, cujo a falta de respeito à diferença e ao próximo são oriundos de inúmeros fatores, que vão desde a concepção cultural da qual pertence até a falta de educação (conhecimento).

Com a finalidade de alcançar o objetivo do presente foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo, buscando assim, desenvolver as temáticas consideradas fundamentais, como a homossexualidade, instrumentos normativos e políticas públicas voltados ao público LGBT. Concernente ao método de procedimento utilizou-se o monográfico, uma vez que se pretende pesquisar o segmento populacional LGBT. Por fim, como técnica de pesquisa, foram utilizadas a bibliográfica, fundada em obras e posicionamentos jurisprudenciais, os quais serviram de base teórica para o desenvolvimento do estudo, e o quantitativo quando da análise

de dados extraídos dos relatórios estatísticos sobre a violência praticada contra a minoria sexual LGBT.

2. BREVE RELATO SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE

A temática homossexualidade sempre esteve presente na história da humanidade, resultando em discussões intermináveis sobre direitos existenciais, refletindo inevitavelmente nas questões sobre a identidade sexual do ser humano.

Inúmeros são os relatos de relações homossexuais na chamada Antiguidade Clássica, especialmente no período Romano. Com o surgimento do Cristianismo como único culto religioso e a expansão do domínio territorial do Império Romano, associado à conversão religiosa dos povos conquistados, nasce uma cultura cristã ocidental, extirpando, assim, do direito canônico a permissão legal da prática da homossexualidade.

A consolidação da Igreja Católica Apostólica Romana no período Justiniano, passa a considerar como crime o ato sexual entre homens, inclusive com a aplicação de penas mais severas. Explica Brandão (2002) citado por Gerbase (2012, p. 15-16) que:

Na Idade Média o ato sexual estava estritamente ligado à procriação, fruto do avassalador domínio que a Igreja exercia sobre a sociedade, e qualquer ato sexual que fugisse a esse objetivo era entendido como pecado. O pensamento daquela época estava concentrado na Igreja Católica Romana, e os pensadores naquele momento histórico eram representados por figuras como Santo Agostinho e São Thomás de Aquino, que reiteravam os ecoantes pecados praticados secundum naturam e contra naturam, na abominação dos atos sexuais extraconjogais, ou mesmo os conjogais quando os objetivos fossem apenas o prazer carnal.

A influência da religião no controle das questões homossexuais se esvazia a partir do fortalecimento do capitalismo como consequência da industrialização das nações, fazendo com que as cidades sofram grandes transformações urbanas e culturais.

No período da segunda etapa da Revolução Industrial (1860-1900), a Europa dá início a uma reformação legislativa concernente a punição de homossexuais, especialmente com a revogação das leis anti-homossexuais da Rússia e Alemanha. Nos Estados Unidos, nas décadas de 40 e 50, há uma mudança no foco do movimento, busca-se agora um reconhecimento e um ambiente social mais harmônico para os homens e mulheres gays (SIMÕES, 2009).

“A história da humanidade é repleta de paixão, amor e sexo. Relações amorosas entre homens e mulheres ou entre homens e outros homens muitas vezes chegaram até mesmo a decidir o destino de nações inteiras” (Costa, 1995, p.69). A ideia da identidade sexual está relacionada com outras vertentes, destacando-se a étnica e a religião, e nessa ligação indissociável surge a sua principal problemática, a discriminação sexual.

O estudo da sexualidade desperta interesse nas diversas áreas da ciência, e é justamente na ideia de construção da identidade sexual que o grupo populacional LGBT enfrenta seu principal obstáculo ao reconhecimento social e legal. “Há culturas que reprimem juridicamente a sexualidade (tanto no Irã, impondo véus e saias longas, quanto nos Estados Unidos da América, castigando meninos que beijem coleguinhas ou proibindo abraços na escola).”¹

A questão da homossexualidade também foi objeto de estudo das ciências médicas, especificadamente, na especialidade psiquiátrica, quando aproximadamente em 1870, os médicos psiquiátricos estabeleceram como premissa, para àqueles que praticavam relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, estarem doentes ou loucos do instituto sexual natural, sendo necessária a adoção de intervenções médicas na busca de “curá-los, dando início a chamada patologização do homossexual” (FOUCALT, 1984).

Berkman (2013, p.330) nos alerta que a sociedade se interesse por tal assunto, quando nos lembra de que “em 1998, ao pedir-se o impeachment de Clinton, mesmo quando os cargos eram de falsa testemunha e instigação, a atenção geral se centrava nas relações sexuais do presidente.” Tal abordagem ou conduta praticada pelo público in casu, faz com que alguns segmentos da sociedade refletiam sobre suas vidas e, em alguns momentos, suas concepções individuais estejam repletas de ódio e agressividade (homofobia) ou de desapreço a questão da homossexualidade.

Assim, a discriminação contra os homossexuais no Brasil está intimamente ligada a questões de gênero e de desigualdades profundas entre o ser masculino e feminino, pois este estaria em posição inferior aquele, sendo que um dos maiores desafios do Brasil é promover efetivamente a igualdade de direitos entre os gêneros. Com esse entendimento, Bortolini (2008, p.28) afirma de que “não é coincidência o

¹ Disponível em: http://www.nypost.com/p/news/local/new_jersey_middle_school_bans_hugs_eS58ozqVa7U7bKZAFg7DK. Acesso em fev. 2015

fato de que países mais homofóbicos são também aqueles nos quais a mulher possui condição social inferior ao homem.”

O significado dos termos orientação sexual e identidade de gênero possuem diversas vertentes, limitando qualquer tentativa de conceituação e seriação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural. A orientação sexual diz respeito a “atração, o desejo sexual e afetivo que uma pessoa sente por outras”, subdividindo-se em homossexuais, heterossexuais e bissexual. Concernente a identidade de gênero “tem a ver como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço”, classificados em gênero masculino, gênero feminino e transgêneros (travestis e transexuais) (BORTOLINI, 2008, p.8-9).

3. DA COMUNIDADE LBGT E OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS NO BRASIL

A situação dos LGBT no Brasil não é diferente, pois as questões de gênero e de discriminação em virtude da orientação sexual estão correlacionadas ao aumento da violência em razão da homofobia, caracterizada pela rejeição e negação da coexistência, como iguais, com seres afetivo-sexuais que diferem do modelo sexual dominante. “Ela não se reduz à rejeição irracional ou ódio em relação aos homossexuais, pois também é uma manifestação arbitrária que qualifica o outro como contrário, inferior ou anormal” (SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 10).

Segundo Borrillo (2010) citado por Bahia (2013, p. 342),

a divisão de gêneros e o desejo (hetero) sexual funcionam, de preferência, como um dispositivo de reprodução social, e não como um dispositivo de reprodução biológica da espécie. A homofobia torna-se, assim, a guardiã das fronteiras tanto sexuais (hetero/homo), quanto do gênero (masculino/feminino) [...] A homofobia é o medo de que a valorização dessa identidade seja reconhecida; ela se manifesta, entre outros aspectos, pela angústia de ver desaparecer a fronteira e a hierarquia da ordem heterossexual.

Venturini (2008) coordenou um estudo sobre a diversidade sexual e homofobia no Brasil, e obteve como resultados da pesquisa que 90% dos entrevistados responderam positivamente que há discriminação em desfavor do grupo LGBT, entretanto, menos de 30% afirmaram/admitiram possuir este preconceito.

Ultrapassar essa realidade social requer do Brasil políticas públicas concretas, sendo efetivadas por meio de ações governamentais e programas nas diversas áreas da educação, saúde, segurança e da assistência social, objetivando combater a homofobia e efetivar os direitos fundamentais à minoria LGBT, “sobretudo quando se percebe que suas manifestações não residem tão somente nos indivíduos, mas também se articulam na cultura e nas instituições” (MASIERO, 2013, p. 126).

Indispensável é, portanto, entender a população LGBT como uma minoria ou grupo vulnerável na sociedade brasileira, partindo-se da ideia conceitual de

ser um grupo numericamente inferior ao restante do Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas que os diferenciam do restante da população e demonstra, ainda que implicitamente, um senso de solidariedade, dirigido à preservação de suas culturas, tradições, religiões ou língua. (Capotorti (1977) citado por Jubilut (2013, p.16).

O reconhecimento de direitos e sua proteção a favor dos LBGT envolvem direitos fundamentais, não admitindo exceções, isto é, aplicam-se a todos os seres humanos, em decorrência de sua condição básica da humanidade, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Recentemente, após a Constituição de 1988, passou-se a discutir a proteção à minoria LGBT, contudo, mostra-se incipiente frente ao aumento da violência manifestada através da homofobia, senão vejamos o último relatório sobre violência homofóbica no Brasil², quando houve um aumento de 166,09% de denúncias e 46,6% de violações, sendo notificadas 1.159 denúncias de 6.809 violações de direitos humanos contra LGBT, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos, sendo alarmante a ideia de que a cada dia, durante o ano de 2012, 13,29 pessoas foram vítimas de violência homofóbica reportada no Brasil (SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 18).

No tocante ao legislativo federal, não há nenhuma lei específica de combate a discriminação ou ao reconhecimento da igualdade em favor do grupo LGBT que vise garantir o fortalecimento dos direitos fundamentais. Vários Projetos de Lei relacionados ao presente tema tramitam no Congresso Nacional, no entanto, literalmente não são colocados em pauta de discussão e/ou votação, chamando a atenção dos parlamentares não se manifestarem, seja a favor, seja contra. Seguem-

² Esse dado foi extraído do Relatório sobre violência homofóbica no Brasil 2013 (Ano base: 2012) produzido pela Secretaria De Direitos Humanos, que inexplicavelmente desde o ano de 2014 deixou de ser publicado na página oficial do Governo.

se alguns: PEC nº 139/95, PEC nº 392/2005 e nº 66/2003, para introduzir ao inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por orientação sexual; PLs nºs 4.242/2004, 05/2003 e 5.003/2001, os quais foram reunidos no PLC nº 122/2006, que trata sobre a criminalização da homofobia; PL nº 1.151/95, que visa regular a união estável de pessoas do mesmo sexo, sendo que desde 2001 está aguardando votação no Plenário dos Deputados Federais.

A despeito do silêncio legislativo, os governos têm atuado de forma tímida no combate a violência contra a população LGBT, por intermédio de programas e ações, i.e., a nível federal tem-se o “Termo de Cooperação para Enfrentamento à Homofobia”, visando capacitar os órgãos de segurança pública, contou apenas com adesão de 15 Estados-Membros; os Comitês Estaduais, que buscam articular a sociedade civil e o governo no monitoramento dos casos de crimes de gênero, tem apenas dois comitês funcionando no Brasil (Acre e São Paulo) (BRASIL, 2014).

Frente a toda essa conjuntura, estão as minorias e os grupos vulneráveis que diante de graves violações de seus direitos, buscam no Poder Judiciário a resposta concreta aos seus anseios e, ao contrário do Legislativo, não tem a faculdade de não se manifestar quando provocado, mesmo diante da existência de lacunas legais.

“E assim vem ocorrendo desde o final dos anos 1990 juízes e Tribunais vêm construindo um ‘direito homoafetivo’ via jurisprudência até se chegar a dois leading cases em 2011 como que se consagrou ser esta uma questão de ‘alta relevância social e jurídico-constitucional” (BAHIA, 2013, p.354).

Posicionamentos doutrinários questionadores surgiram naturalmente com o avanço do Judiciário em resolver questões pertencentes aos demais poderes (Legislativo e Executivo), a chamada judicialização. Explica Barroso (2012) que a

judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A inéria legislativa exclui socialmente as minorias sexuais, não reconhecer constitucionalmente a homoafetividade como entidade familiar e não punir penalmente a discriminação fere nossa democracia, nosso espírito de igualdade, acarretando, assim, uma atuação judicial mais presente na vida dos cidadãos.

É sabida a crise vivenciada pelo o Poder Judiciário, especialmente no acúmulo de processos e a morosidade para resolução dos conflitos desencadeados nele, através de processos judiciais intermináveis.

A falta de mecanismos efetivos de responsabilização jurídica e política produzida a partir da legislatura faria com que o Poder Executivo não possuísse opção senão cumpri-la, fundamentada no princípio da legalidade estrita, nos termos do art. 37, CF/88, ou seja, políticas públicas seriam criadas e seguidas pelos governos na promoção do bem-estar social do grupo LBGT.

Ante a situação fática descrita, indispensável será entender o que vem a ser política pública. Com o advento da CF/88, surgiram grandes transformações visando “colocar em prática a democratização do acesso a serviços e à participação cidadã.” (Costa, 2014, p.177).

4. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA O PÚBLICO LGBT

Inicialmente cumpre destacar que a participação social tem-se tornado cada vez mais um elemento importante para o debate sobre as políticas públicas, seja no campo das discussões, das deliberações e/ou no controle destas; seja propriamente na sua execução.

“A participação social tem sido reafirmada no Brasil como um fundamento dos mecanismos institucionais que visam garantir a efetiva proteção social contra riscos e vulnerabilidades, assim como a vigência dos direitos sociais” (SILVA et tal, 2005, p. 374).

Em decorrência disso, houve uma mudança no foco das políticas públicas no Brasil, pois se partia sua compreensão em atender as necessidades sociais materializadas através do direito – sua instrumentalização, caracterizada “como uma comunicação, ou seja, é a coordenação dos meios que encontram à disposição do Estado, para que se harmonize as atividades estatais e/ou privadas com o principal objetivo de estabelecer uma sociedade mais justa” (COSTA, 2014, p.177).

Inúmeras discussões cercam a conceituação de políticas públicas, por exemplo, segundo Secchi (2011, p.1), “[...] se são elaboradas exclusivamente por atores estatais? Ou também por atores não estatais? [...] se referem à omissão ou negligência?”, bem como à discussão sobre diretrizes estruturantes e operacionais.

Entretanto, como não é objeto no presente trabalho o aprofundamento de tais discussões, tem-se que compreender política pública como uma ação governamental de enfrentamento de um problema público associado a intencionalidade pública.

Segundo Schmid (2008, p. 2311), políticas públicas “são um conjunto de ações adotadas pelo governo, a fim de produzir efeitos específicos, ou de modo mais claro, a soma de atividades do governo quer acabam influenciando a vida dos cidadãos.”

Imperioso destacar que se devem distinguir políticas públicas de políticas sociais e econômicas (macroeconômicas), respectivamente, responsáveis de garantir os direitos sociais e a política monetária.

Schmid (2008, p. 2313) apresenta outra classificação para políticas públicas, classificando-as em:

Política distributivas - consistem na distribuição de recursos da sociedade a regiões ou segmentos sociais específicos . Não têm caráter de universalidade, mas em geral não geram a conflitividade comum das políticas redistributivas, pois os segmentos não beneficiados por elas não percebem prejuízos ou custos para si próprios.

Políticas redistributivas – consistem na redistribuição de renda, com deslocamento de recursos das camadas sociais mais abastadas para as camadas mais pobres, [...]

Políticas regulatórias – regulam e ordenam, mediante ordens, proibições, decretos, portarias. Criam normas para funcionamento de serviços e instalações de equipamentos públicos.

Políticas constitutivas ou estruturadoras – definem procedimentos gerais da política; determinam as regras do jogo, as estruturas e os processos da política.

O processo de elaboração de uma política pública possui algumas etapas:

- a) percepção e definição do problema: necessário será que surja uma dificuldade, a qual envolva o “interesse não só do governo, mas, principalmente, da sociedade, e como geralmente a comoção dessa acontece primeiro, ela caba se tornando o órgão propulsor para que determinada situação ocupe o rol de prioridades do governo” (COSTA, 2014, p.179);
- b) inserção na agenda política, com a identificação do problema, será indispensável a discussão entre governo e sociedade, fazendo surgir uma agenda permanente e uma disputa política;
- c) formulação da política pública, “nesse momento define-se a maneira como o problema será solucionado, quais os elementos e alternativas que serão adotadas” (Costa, 2014, p.180), caracterizada por ser negocial e

confliutuosa entre os agentes públicos e os grupos sócias interessados. Será nessa fase que serão determinados os responsáveis, a definição de diretrizes e os objetivos;

- d) implementação da política pública: percebe-se que claramente definidos os agentes e as razões, será preciso que ocorra execução efetiva da política, ou seja, a sua implementação. Nessa fase pode-se observar o não cumprimento de seus objetivos, “em função da falta de vontade ou de acordo político” (COSTA, 2014, p.181);
- e) avaliação da política pública: é chegado o momento de verificar se os objetivos traçados foram alcançados, analisando os resultados obtidos “dos êxitos e das dificuldades apresentadas” (Costa, 2014, p.181). Fundamental será uma avaliação efetiva da política, pois servirá de parâmetro para sua permanência ou modificação. O processo avaliativo no Brasil possui dificuldades, pois diante de uma manobra política, apresentam-se falsos resultados visando a satisfação popular e o desejo de se perpetuar no poder.

O surgimento de políticas públicas construídas a partir de uma discussão construtivista entre a sociedade e seus governantes, aliadas ao um sistema normativo garantidor e combativo e um judiciário célere, dificultará as mitigações aos direitos das minorias e grupos vulneráveis, como são os LGBTs no Brasil.

Com o aumento da participação social organizada na reivindicação da implementação de ações e programas governamentais que visassem o combate da homofobia e à promoção da cidadania da população LGBT, foi criado no ano de 2001, na esfera federal, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), vinculado ao Ministério da Justiça, cuja ideia inicial era estabelecer políticas públicas de combate à epidemia de AIDS.

As ações do Poder Executivo federal se intensificaram com a criação dos seguintes programas e/ou ações:

- a) A criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, em 2001;
- b) O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II), em 2002;
- c) A criação da Comissão temática permanente para receber denúncias de violações de direitos humanos, com base na orientação sexual, 2003;

- d) O Conselho Nacional de Imigração (CNI), por Resolução Administrativa, passou a reconhecer, para efeito de concessão de vistos, a união de pessoas do mesmo sexo, desde que comprovada a união estável, em 2003;
- e) Brasil Sem Homofobia (BSH) – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual, em 2004;
- f) I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, com o tema “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)”, em 2008;
- g) O Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, em 2009; e
- h) A publicação do Decreto que cria o “Programa Nacional de Direitos Humanos 3”, em 2009.

Destaca-se o programa “Brasil sem Homofobia” (Brasil, 2004), os princípios pelos quais norteiam toda ação governamental de combate à violência e à discriminação contra GLBT e de promoção da cidadania homossexual:

A inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual e de promoção dos direitos humanos de gays, lésbicas, transtornos e bissexuais, nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal, a serem implantadas (parcial ou integralmente) por seus diferentes Ministérios e Secretarias.

A produção de conhecimento para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual, garantindo que o Governo Brasileiro inclua o recorte de orientação sexual e o segmento GLTB em pesquisas nacionais a serem realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta.

A reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira.

Muito embora, contenha aproximadamente cinquenta e três (53) ações divididas em onze (11) áreas³, o aumento dos índices de violência apresentados na

³ I - Articulação da Política de Promoção dos Direitos de Homossexuais; II – Legislação e Justiça; III – Cooperação Internacional; IV – Direito à Segurança: combate à violência e à impunidade; V – Direito à Educação: promovendo valores de respeito à paz e à não discriminação por orientação sexual; VI – Direito à Saúde: consolidando um atendimento e tratamentos igualitários; VII – Direito ao Trabalho: garantindo uma política de acesso e de promoção da não-discriminação por orientação sexual; VIII –

terceira parte do presente artigo, demonstra que falta a efetividade de tais ações, tendo como consequência uma luta para assegurar tratamento de política de Estado aos direitos civis de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil, por meio de proteção legislativa.

5. UM RECORTE DA VIOLÊNCIA SOFRIDA POR LGBT NO ESTADO DO CEARÁ

O enfrentamento das questões ligadas à homossexualidade e especificamente à sua relação com a “concepção da igualdade à luz do direito à diferença e do direito ao reconhecimento de identidades” (Piovesan, 2013, p. 305), emergiu no Brasil apenas recentemente, na virada do século XX para o XXI.

Discutir a problemática acima, envolve diversos aspectos sociais, culturais e legais, pois o fundamento maior ainda considerado para o surgimento da violência contra a população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) é o preconceito em suas mais variadas acepções, desde a atitude de discriminação fundada no sexo (sexismo) até o reconhecimento formal e material da igualdade entre homes e mulheres.

Ultrapassar tais desafios exige um esforço conjunto entre governo e sociedade, isto é, uma mudança de paradigmas com implementação de políticas públicas desenvolvidas através de programas e ações que busquem enfrentar a origem do problema, ou seja, “a melhor maneira de destruir um preconceito é matar a ignorância” (BERKMAN” 2013, p 331).

“Superar essa realidade passa por uma redefinição do que deve significar o direito de igualdade. Este não significa apenas um tratamento isonômico, mas também deve refletir tratamento diferenciado em certos casos” (BAHIA, 2013, p. 342).

Nessa perspectiva, a pressão exercida por diferentes movimentos sociais vinculados à defesa dos direitos da população LGBT, desde a década de 1980, exigiu do Governo Federal, Estadual e Municipal, estratégias para o enfrentamento da discriminação e, num primeiro momento, de políticas públicas de saúde mais eficazes diante da epidemia do HIV/AIDS, tendo o apoio e a parceria das organizações sociais

Direito à Cultura: construindo uma política de cultura de paz e valores de promoção da diversidade humana; IX – Política para a Juventude; X – Política para as Mulheres; XI - Política contra o Racismo e a Homofobia; (BRASIL, 2004)

vinculados à defesa dos direitos deste segmento populacional (BARBOSA; FACCHINI, 2009).

Evidencia-se nessa afirmação que os movimentos populares organizados podem sim desencadear a implementação de políticas públicas, desmistificando, assim, que o seu surgimento se dá em si mesmo. Nesse sentido, Fernandez (2006, p. 471), esclarece:

Contra la creencia popular que los problemas públicos son evidentes por sí mismos, y que no cabe otra opción que asumir su existencia y tomar las decisiones oportunas, desde el análisis de políticas públicas cabe afirmar que los problemas públicos existen por sí mismos y que su objetividades más supuesta que real. Para que una situación trascienda sus límites iniciales de asunto privado o de simple hecho, y se convierta en un problema de política pública, es necesario que se produzcan determinadas condiciones, que no siempre se alcanzan.

In casu, pode-se averiguar que houve uma provocação da sociedade para a atuação do governo, pois “podemos dizer que as políticas públicas são desenhadas por atores políticos⁴ que, ao exercerem suas funções, mobilizam os recursos necessários para realizá-las” (RODRIGUES, 2010, p. 21).

Diante do cenário atual, é preciso que o Estado detenha instrumentos normatizadores que garantam diante de uma violação de direitos uma resposta específica e diferenciada, ou seja, a população LGBT deve ser vista nas suas especificidades e peculiaridades de sua condição social, e é justamente aqui que está adormecido o problema: “No Brasil não há nenhuma lei federal sequer que trate do tema, a despeito do que diz a CF/88, isto é, de esta garantir a “não discriminação” como um direito fundamental (art. 3º, IV) e o direito de igualdade (art. 5º, I)” (BAHIA, 2013, p. 351).

Segundo o Grupo Gay da Bahia (GGB), no ano de 2016 foram assinados 343 LBTG, significando que a cada 25 horas a incidência de um homicídio contra um membro desse segmento populacional, tornando o Brasil líder mundial de crimes contra as minorias sexuais. Concernente a este dado apresentado acima, o estado do Ceará figura em 6º lugar no ranking nacional, com 15 homicídios, ficando atrás dos estados de São Paulo(1º), Bahia(2º), Rio de Janeiro(3º), Amazonas(4º) e Minas

⁴ “Os atores políticos podem ser individuais ou coletivos e públicos ou privados. Os atores privados são aqueles que têm poder para influenciar na formatação de políticas públicas quando pressionam o governo a tomar determinadas ações” (Rodrigues, 2010, p. 21).

Gerais(5º), respectivamente, com 49, 32, 30, 28 e 21 homicídios no ano de 2016 (RELATÓRIO 2016 DE ASSASSINATOS DE LGBT NO BRASIL, 2017).

Tabela 1: Número de homicídios no ano de 2016

ESTADOS	NÚMERO DE VÍTIMAS
SÃO PAULO	49
BAHIA	32
RIO DE JANEIRO	30
AMAZONAS	28
MINAS GERAIS	21
CEARÁ	15
GOIÁS	15
PARANÁ	15
RIO GRANDE DO SUL	15
PERNAMBUCO	14

Fonte: Relatório 2016 – GGB

Já no período de 2002-2016, houve um aumento dos índices de vítimas por segmento LGBT no Brasil, totalizando 1.637 homicídios (Tabela 2). Um outro dado relevante, é o comparativo do número de 2016 em relação ao ano de 2000, quando ocorreram 160 homicídios, significando que, ao longo de dezesseis anos, houve um aumento de aproximadamente 115% na taxa de homicídios no nosso país. (RELATÓRIO 2016 DE ASSASSINATOS DE LGBT NO BRASIL, 2017).

Tabela 2: Número de homicídios LGBT no Brasil por ano

ANO	NÚMERO DE VÍTIMAS
2012	338
2013	312
2014	326
2015	318
2016	343
TOTAL	1.637

Fonte: Relatório 2016 – GGB

Especificadamente ao estado do Ceará (Tabela 3), ocorreram 73 homicídios no quinquênio 2012-2016 de pessoas ligadas ao segmento LGBT, ocupando a 3ª posição entre os Estados do Nordeste que mais praticam essa prática criminosa.

Conforme relatório sobre violência homofóbica no Brasil, da Secretaria de Direitos Humanos, constata-se que houve um aumento dos índices em relação ao último levantamento, destacando-se, em especial, a violência psicológica com

83,20%, seguida de discriminação e violência física, respectivamente, com 74,01% e 32,68% (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 10).

Especificadamente no Estado do Ceará, foram constatadas 300 violações de direitos da população LGBT, sendo que somente 143 denúncias foram registradas, refletindo um aumento de 126% em relação ao ano de 2011 (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 10).

Tabela 3: Número de Vítimas no Nordeste no Quinquênio 2012-2016

ESTADOS	NÚMERO DE VÍTIMAS (Período: 2012-2016)
BAHIA	138
PERNAMBUCO	119
CEARÁ	73
PARAÍBA	71
ALAGOAS	60
RIO GRANDE DO NORTE	52
PIAUÍ	47
MARANHÃO	33
SERGIPE	31

Fonte: Relatório 2016 – GGB

Muito embora, existam leis, ações e programas no Estado do Ceará⁵, os dados apresentados acima, não possuem nenhum estudo qualitativo que sirvam de parâmetro norteador para os gestores públicos quando da criação, aplicação ou direcionamento de políticas públicas que visem educar e coibir a prática da violência contra a população LGBT.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os planos e programas destinados ao combate da homofobia e à promoção da cidadania da população LGBT advindos das políticas públicas estão sofrendo cada

⁵ Lei nº 13.644/2015 que “Institui o Dia Estadual do Orgulho Gay e Livre Expressão Sexual no Estado do Ceará; Lei nº 13.833/2006 a qual “Dispõe sobre a inclusão de conteúdo pedagógico sobre orientação sexual na disciplina Direitos Humanos, nos cursos de formação e reciclagem de policiais civis e militares do Estado do Ceará; Município de Fortaleza - Portaria nº 03/2010 “Estabelece o direito ao uso e tratamentos pelo nome social às travestis e transexuais, no âmbito da rede municipal de ensino, na forma que indica”; Município de Fortaleza - Lei nº 8.211/98 “Art. 1º - Os estabelecimentos comerciais, industriais, empresas prestadoras de serviços e similares, que discriminarem pessoas em virtude de sua orientação sexual, na forma do inciso XXI do artigo 7º da Lei Orgânica do Município, sofrerão as sanções previstas nesta lei

vez mais críticas em virtude da sua inefetividade e o não reconhecimento dos direitos fundamentais.

Como analisado, é necessário o estabelecimento de um novo paradigma social e cultural por parte da população, em especial, na formação do ser humano, pois para sua real efetivação está intrinsecamente associada a mudança de crenças e valores arraigados na sociedade.

Faz parte do imaginário popular quando se fala de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, de que são pessoas dotadas de promiscuidade e de caráter duvidoso, não despertando, assim, os sentimentos de igualdade e solidariedade dos demais, tidos heterossexuais, sem deixar, é claro, de estar acobertado pelo véu da intolerância religiosa ou moral contida em cada um.

A busca por essa nova concepção de convivência entre os indivíduos, exigiria por parte destes, o reconhecimento identitário dos integrantes da comunidade LGBT, independentemente de orientação sexual e identidade de gênero.

Talvez seja essa a razão do aumento da violência contra a população LGBT, somando a isso, a falta de interesse político (do executivo e do legislativo), em fazer cumprir as ações e os programas que envolvam a sexualidade entre pessoas do mesmo gênero.

A falta da intersetorialidade dos governos municipais, estaduais e federal, e o pluralismo político, sejam talvez, os principais e maiores obstáculos na execução dos planos traçados nas políticas públicas de combate à homofobia no Brasil.

O crescimento e fortalecimento da nossa “jovem democracia”, a mudança cultural de nosso povo e o fortalecimento de nossas Instituições, quem sabe, no futuro, seja a mola propulsora para o fim do preconceito contra a população LGBT.

REFERÊNCIAS

- AGNES, Clarice. et al. **Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos** [recurso eletrônico]. 1.ed. atual. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013;
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Proteção à minoria LBGT no Brasil: avanços e desafios. In: JUBILUT, L. L. et al. (coords). **Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARBOSA, Regina Maria. et al. **Acesso a cuidados relativos à saúde sexual entre mulheres que fazem sexo com mulheres em São Paulo, Brasil**. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009001400011. Acesso em: 10 fev 2015
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso 02 fev 2015.
- BERKMAN, Ricardo Rabinovich. Sobre o direito à identidade sexual, e aspectos relacionados. In: JUBILUT, L. L. et al. (coords). **Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BORTOLINI, Alexandre. **Diversidade sexual na escola**. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/diversidade_sexual_na_escola.pdf> Acesso em: 08 fev 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Disponível em:< www.sdh.gov.br> Acesso em: 02 fev 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLBT e promoção da cidadania homossexual. Brasília, 2004.
- COSTA, Maria Marlene Moraes da. Justiça restaurativa e sinase. In: Costa, M.M.M. da; LEAL, M. C. H. (Orgs). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.
- FERNADEZ, Antoní. **Las políticas públicas**. In: BADIA, Miquel C. (ed.) **Manual de ciéncia política**. 3.ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 28. ed. São Paulo, Paz e Terra, 2014.
- GERBASE, Ana Brúsolo. **Relações homoafetivas: direitos e conquistas**. São Paulo: Edipro, 2012.

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. In: _____. et al. (coords). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e grupos vulneráveis**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASIERO, Clara Moura. **Homofobia:** história e crítica de um preconceito. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/emblemas/article/viewFile/29239/16263>>. Acesso em: 09 fev 2015.

OLIVEIRA, Flávio Luís. **Concretização de políticas públicas na perspectiva da desneutralização do poder judiciário.** In: LUNARDI, S. (coord). **Direitos fundamentais sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas do constitucionalismo latino-americano à luz dos sistemas global e regional de proteção. In:

JUBILUT, L. L. et al. (coords). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e grupos vulneráveis**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Marta M.A. **Políticas públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

SCHMITD, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R.; LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, v. 8.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA REPÚBLICA. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano 2011: Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA REPÚBLICA. Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

SILVA, Frederico; JACCOUD, L.; BEGGHIN, N. **Políticas sociais no Brasil:** participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUD, Luciana (org). Questão social e políticas no Brasil contemporâneo. Brasília. IPEA, 2005.

SIMÕES, Julio Assis. et al. **Na trilha do arco-íris:** do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

VENTURINI, Gustavo. et al. **Diversidade sexual e homofobia no Brasil:** intolerância e respeito às diferenças sexuais. Disponível em: <www.fpa.org.br>. Acesso em: 08 fev 2015.

CAPÍTULO 15

ANÁLISE DO SUJEITO CONCRETO NO TERCEIRO CONTRATO

Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo

Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)
E-mail: anapaula.ruiz@hotmail.com

Jaqueleine de Mello Castro Bourscheidt

Acadêmica de Direito pela Faculdades Londrina. Bacharel em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Tocantinense Presidente Antônio Carlos de Araguaína/TO.

E-mail: jaque_bourscheidt@hotmail.com

Resumo: O presente artigo analisa o sujeito concreto no terceiro contrato a fim de demonstrar que, para que haja o equilíbrio contratual, deve-se levar em consideração as características dos contratantes, de forma a valorizar e abrandar as relações negociais que são regidas unicamente pela força obrigatória dos contratos, apresentada na premissa clássica do *pacta sunt servanda*. Para tanto, primeiramente, utilizando revisão bibliográfica, apresenta noções introdutórias a respeito da teoria geral dos contratos e dos contratos consumeristas, considerando a vulnerabilidade como parâmetro para esta análise. Em seguida, identifica a figura do terceiro contrato, seu conceito e principais características, apresentando sua crescente aplicação no ordenamento brasileiro, exibindo como paradigma recente julgamento em que houve propensão ao que será denominado terceiro contrato. Por fim, utilizando o método hipotético-dedutivo, indica critérios para que a figura contratual seja realizada de modo equilibrado, por meio da análise do sujeito concreto.

Palavras-chave: Contrato; Consumidor; Terceiro; Boa-fé.

Abstract: This article examines the concrete subject in the third contract in order to demonstrate that, in order to have the contractual equilibrium, the characteristics of the contractors must be taken into account in order to value and slow down the business relations that are governed solely by the obligatory force of contracts, presented in the classic premise of *pacta sunt servanda*. Firstly, using a bibliographic review, it introduces introductory notions about the general theory of contracts and consumerist contracts, considering vulnerability as a parameter for this analysis. It then identifies the figure of the third contract, its concept and main characteristics, presenting its growing application in the Brazilian order, showing as a recent judgment paradigm in which there was a propensity to what will be called the third contract. Finally, using the hypothetical-deductive method, it indicates criteria for the contractual figure to be performed in a balanced way, through the analysis of the concrete subject.

Keywords: Contract; Consumer; Third; Good faith.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu em seu artigo 5º¹, como um dos princípios fundamentais, o direito à isonomia, vislumbrando inadmissível a mitigação da dignidade do ser humano, uma vez que essa característica foi elevada como fundamento da República Federativa do Brasil, no inciso III do mesmo artigo.

Com o passar do tempo, a sociedade vem se aprimorando para que as relações negociais atinjam a um nível de equidade, valorizando o sujeito e abrandando a premissa clássica do *pacta sunt servanda*, pela qual os pactos – hodiernamente denominados contratos – realizados deveriam ser rigorosamente cumpridos.

O contrato, enquanto instrumento, apresenta a ideia de se unir duas ou mais vontades em torno de um bem da vida. Não associando somente a relação econômica, mas também as pessoas que o realizam e no objeto contratado, sendo incabível sua análise de forma isolada da sociedade em que haja probabilidade de impacto, em maior ou menor grau, a depender do objeto do contrato ou a produção dos seus efeitos.

Justifica-se o presente estudo em razão da necessidade de uma nova percepção a ser praticada nas relações contratuais em que exista assimetria de posições, onde existe uma lacuna entre os contratos paritários e os contratos consumeristas, bem como a possibilidade de prerrogativas para que seja identificada uma relação contratual equânime. A pesquisa será desenvolvida com base no método hipotético-dedutivo, utilizando como meio de pesquisa investigações teóricas em doutrinas e análises de leis específicas.

Ao final, pretende-se comprovar a hipótese de que, com a análise do sujeito concreto, é possível identificar alguns critérios para aplicação de privilégios destinados aos contratos do Código de Defesa do Consumidor, chegando-se a uma relação isonômica nos contratos objeto dessa pesquisa, quais sejam os terceiros contratos.

Para comprovação da presente hipótese, o estudo será fracionado em três capítulos. O primeiro será destinado à apresentação de conceitos introdutórios sobre a teoria geral dos contratos e dos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, indicando suas principais características. No segundo capítulo,

¹ Artigo 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

apresentar-se-á a figura do terceiro contrato como área intermediária nas relações negociais. Por fim, no último capítulo, após a análise das características do terceiro contrato com base no sujeito concreto, indicará critérios para aplicação de determinados privilégios constantes no Código de Defesa do Consumidor para que se possibilite sua relação contratual justa e equilibrada.

2. ANÁLISE DOS SUJEITOS

Torna-se essencial destacar a importância da análise do sujeito para a aplicação de um tratamento especial. Essa interpretação restringe a figura do consumidor, que necessita um nível mais alto de proteção e o sujeito que dispõe de livre manifestação de vontade, mas possui um desequilíbrio em relação ao outro contratante.

2.1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

O conceito de contrato nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. Mesmo com sua origem remota, seu aspecto atual vem sendo moldado desde a época romana sempre baseada na realidade social. Flávio Tartuce (2017, p.2) destaca que, com a evolução da sociedade brasileira e suas recentes inovações legislativas, os contratos se associaram à realidade nacional, surgindo a necessidade de direcionar os pactos para o alcance de propósitos que atendam aos interesses da coletividade.

Preliminarmente, serão apresentados os conceitos clássicos e contemporâneos de contrato. Clóvis Beviláqua (1977, p.194) afirmava ser o contrato “[...] o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”. Entre os contemporâneos, seguindo o conceito italiano, Álvaro Villaça Azevedo (2002, p.21) apresenta o contrato como “[...] manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial”. Na mesma linha, de acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2003, p.25) “[...] o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma

regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

Em uma visão clássica, o conceito de contrato pode ser consagrado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, modificação ou extinção de direito e deveres com conteúdo patrimonial. Esse conceito está muito próximo do que consta no Código Civil Italiano de 1942 que, em seu art. 1.321, aponta que “il contratto è l'accordo di due ou più parti per constituire, regolare ou estinguere tra loro um rapporto giuridico patrimoniale”². Entretanto, serão apresentados elementos para a construção de um conceito contemporâneo ou pós-moderno de contrato, tendo em vista que o foco principal do contrato não é tão somente o patrimônio, mas também o indivíduo que contrata. De modo que Luiz Diez-Picazo e Antonio Gullón (2003) consideram impróprio utilizar a expressão autonomia da vontade, mas sim autonomia privada, eis que a autonomia não é da vontade, mas da pessoa.

O negócio jurídico, gênero do qual o contrato é a principal espécie, constitui verdadeiro instrumento de liberdade humana, tendo sua base na vontade. Esta declaração, segundo ensina Federico de Castro Y Bravo (2002), constitui o elemento central e mais característico do negócio jurídico, sendo o seu estudo comum às declarações que afetam a relação negocial.

Conforme ensinamento de Enzo Roppo (1988, p.137), existem restrições distintas à vontade manifestada nos negócios. Inicialmente, é possível identificar a limitação na própria manifestação em celebrar ou não o contrato. Do mesmo modo, pode-se apontar que as limitações são também subjetivas, pois se referem às pessoas com quem as avenças são celebradas.

Milena Morais Diz (2016, p.22) destaca, a liberdade de contratar constitui um dos pilares formadores do direito privado, permitindo as partes a estabelecer livremente as cláusulas contratuais, tendo como limite a legalidade.

A autonomia da vontade foi compreendida por Fernando Noronha (1994, p.113) como “o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei para elas”.

² Código Civil Italiano, art. 1.321. (tradução) “O contrato é um acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”.

Maria Helena Diniz (2011, p.40) conceitua o princípio da autonomia da vontade como “[...] o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”. De modo que o indivíduo tem liberdade de resolver seus interesses, exercendo livremente sua vontade sem intervenção externa, em harmonia com o ordenamento jurídico.

Essa vontade pode ser expressada nos contratos sob duas vertentes, a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A primeira se refere apenas ao fato de querer ou não querer contratar, de simplesmente dizer sim ou não. A segunda, por sua vez, pressupõe a existência da manifestação da primeira. Contudo, a vontade, aqui, é manifestada de modo a decidir concretamente quais serão todos os efeitos do contrato, por meio da discussão de seu conteúdo, de suas cláusulas.

Diz-se, nesse modo, que a liberdade de contratar é verificada no contrato por adesão, enquanto a liberdade contratual é encontrada nos contratos paritários.

Os contratos paritários estão embasados no fato de que ambas as partes se encontram em condições de igualdade, e que reclamam o máximo de liberdade e o mínimo de intervenção do legislador em favor da autonomia privada, uma vez que discutem efetivamente as consequências da sua vontade.

Partindo do entendimento de livre debate entre as partes, nos contratos paritários, faz-se necessária a menção dos contratos de adesão, nos quais inexiste tal condição, visto que este contrato retrata uma limitação de debates das condições.

Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.72), ensina que “[...] chama-se contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas”.

Maria Helena Diniz prefere utilizar a expressão contrato por adesão para denominar o contrato de adesão, verificando que se constitui pela adesão da vontade de um oblato indeterminado à oferta permanente do proponente ostensivo.

[...] os contratos por adesão constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro (RT 519: 163), aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. (DINIZ, 2003, p. 104)

No entanto, o desequilíbrio não está somente nas relações onde envolvam o consumidor, verificando-se também a necessidade de reequilíbrio sempre que em um processo negocial exista a possibilidade de uma das partes sofrer um prejuízo inaceitável, especialmente pelo fato de que se não há igualdade plena entre as partes contratantes, não haverá também a liberdade genuína para a contratação justa e adequada.

Diversamente do contrato de consumo, a assimetria de forças entre empresários, diga-se considerados, paritários, não é necessariamente um problema jurídico se ao empresário havia alternativa e liberdade de contratação.³

A constatação de desequilíbrio decorrente da dependência econômica nos contratos empresariais se revela atípico ao direito. O que na relação de consumo a assimetria é de natureza informativa, nos contratos empresariais, a situação de dependência entre empresas decorre, não somente da incapacidade de negociar, mas também da falta de alternativa.

A nítida falta de equilíbrio em contratos onde em razão da posição privilegiada do proponente em relação ao aderente pode se tornar prejudicial. Como mostra, a situação dos franqueados em relação ao franqueador e o distribuidor em relação ao fornecedor.

É justamente entre os dois polos – contrato liberal clássico e contrato de consumo – que se investiga uma área intermediária, a qual está o chamado terceiro contrato. Esta hipótese se amolda entre empresários com capacidade de negociação. Todavia, se afere de um lado da relação o empresário “frágil”, que muito se assemelha ao consumidor nas relações de consumo, vislumbrando somente a assimetria de poderes e a vulnerabilidade da parte.

A doutrina italiana reconhece a existência de uma “*terra di mezzo*” (terra do meio) na hipótese de relações jurídicas entre empresários. Ernesto Capobianco (2014, p.172) justifica esse vazio pelo fato de que, diante de uma relação contratual entre empresas, sujeitos profissionalmente organizados e melhores árbitros dos próprios interesses, não haveria de se imaginar necessária a intromissão judicial para decidir sobre a justiça do contrato.

³ Convém ponderar que a opção da aceitação pelo determinado contrato, não está relacionado a sua liberdade contratual, devendo ficar explícito que não se condiciona a sua manifestação de vontade, sendo inexistente qualquer vínculo decorrente de erro ou coação, por exemplo.

2.2 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para que seja caracterizada uma relação de consumo, é necessário definir quem são seus sujeitos. A figura denominada consumidor, conforme leciona Cláudia Lima Marques:

Assim, definir, concretizar, conceituar quem é o consumidor significa determinar quem será protegido eficazmente em seu status de comprador, ou de vítima de um defeito do produto, ou de exposto a uma publicidade enganosa ou abusiva. Em outras palavras, quem conta com instrumentos ágeis de acesso à justiça e à ajuda administrativa e quem será excluído ou deverá suportar seus próprios prejuízos ou recorrer aos antiquados sistemas gerais contratuais e extracontratuais de resarcimento de danos. (MARQUES, 2000, p.23)

Se uma das partes não for consumidora não se estará perante uma relação de consumo, ainda que outros elementos estejam presentes.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta quatro princípios básicos que afetam diretamente o direito obrigacional brasileiro: o da vulnerabilidade, o da confiança, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual. Conforme ensina Claudia Lima Marques:

O primeiro tem reflexo direto no campo de aplicação do CDC, isto é, determina quais relações contratuais estarão sob a égide desta lei tutelar e de seu sistema de combate ao abuso. O segundo estabelece as bases da garantia legal de produtos e serviços, e possibilita a imputação de uma responsabilidade objetiva para toda a cadeia de fornecimento. O terceiro princípio é basilar de toda conduta contratual, mas aqui deve ser destacada a função limitadora da liberdade contratual. O quarto princípio tem maiores reflexos no combate à lesão ou à quebra da base do negócio, mas pode ser aqui destacada a sua função de manutenção da relação no tempo. Note-se que, à exceção do princípio especial da vulnerabilidade, que dá sustento à especialidade do CDC, os outros três princípios do CDC entram-se hoje incorporados no sistema geral do direito privado. (MARQUES, 2004, p.91)

O Estado, visando à isonomia de proteção, conferiu um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas para que o consumidor seja efetivamente amparado. O Código de Defesa do Consumidor⁴ elenca a imprescindível harmonia nas relações de consumo, de tal forma que ocorre uma interferência nas condições gerais do contrato e sobre as cláusulas abusivas nestas relações, partindo pelo pressuposto que o consumidor é a parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se um tratamento desigual para partes naturalmente desiguais.

⁴ Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor Brasileiro

Segundo Milena Morais Diz (2016, p.12) as cláusulas abusivas, de forma singela, são aquelas estabelecidas de forma unilateral pelo contratante principal, não propiciando sua negociação, restando apenas a sua aceitação.

Por vulnerabilidade, Claudia Lima Marques (2006, p.318) apresenta a noção de fragilidade, na qual verifica uma disparidade de instrumentos e de informações não negociados plenamente, e marcado pela assimetria de forças, que reclama o máximo de controle do legislador, especialmente no momento formativo, admitindo sua intervenção judicial.

Há que se destacar que a vulnerabilidade é diferente de hipossuficiência, pois a vulnerabilidade irá representar sempre uma fraqueza em relação a outra parte, quanto que a hipossuficiência nem sempre ocorre, já que não se confirma necessariamente no campo econômico, visto que, pode ocorrer hipossuficiência informativa ou mesmo técnica. (DIZ, 2016, p. 76).

É como afirma Flávio Tartuce (2007, p.110) “O que se percebe, portanto, é que o conceito de vulnerabilidade é diverso de hipossuficiência. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente”.

Nas relações de consumo, a inserção de cláusulas que apresentem uma interpretação ambígua ou prejudicial ao contratante, dificultando sua compreensão, cabe um questionamento sobre sua aplicação como também se há validade sobre sua manifestação de vontade.

Deve ser observado que o simples fato de inclusão das cláusulas gerais não desfavorece totalmente uma das partes, pois a existência deste tipo de contrato é necessária na economia atual, proporcionando rapidez e economia nas relações mais triviais, decorrente da padronização.

3. TERCEIRO CONTRATO

As negociações entre profissionais regidas pelo modelo clássico, apresenta atualmente uma realidade de incompatibilidade. A diversidade de situações requer abordagens diferenciadas. O terceiro contrato surge de forma a atenuar tais desigualdades formadas nas relações contemporâneas. Ampliando direitos e princípios a fim de tutelar situações especiais.

3.1 DIÁLOGO DAS FONTES

A doutrina apresenta atualmente um diálogo das fontes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Este diálogo reflete o entendimento de que dois sistemas não se excluem, mas, muitas vezes, se complementam:

Dante da valorização da pessoa e dos três princípios do Direito Civil Constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade em sentido amplo), não se pode olvidar que houve uma forte aproximação entre dois sistemas legislativos importantes para os contratos sendo certo que tanto o Código Civil de 2002 quanto o Código de Defesa do Consumidor consagram um principiologia social do contrato. (TARTUCE, 2017, p.8)

A tese o diálogo das fontes⁵ foi apresentada em ambiente nacional por Cláudia Lima Marques, a partir dos ensinamentos que lhe foram transmitidos por Erick Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, na Alemanha.

Segundo Cláudia Lima Marques:

A nova concepção de contrato destaca, ao contrário, o papel da lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a auto-regulamentação dos interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato. (MARQUES, 2000, p.41).

É justamente pela atenuação do poder de autonomia que se justifica o controle de conteúdo das cláusulas. De acordo com Cesare Massimo Bianca (1977) “[...] defende uma necessidade de proteção para além da simples invocação do princípio da livre autonomia contratual, já que o modelo em questão não funciona nos mesmos parâmetros que os de um contrato negociado livremente entre as partes”.

Com objetivo de preencher lacunas, a aplicação simultânea, complementar ou subsidiária apresenta uma efetiva solução ao conflito de preceitos. A observância de normas de forma isolada é afastada pela Teoria das Fontes, a qual deve ser interpretada de forma harmônica.

⁵ Para comprovar sua aplicabilidade, é oportuno a transcrição deste julgado como exemplo a menção expressa à teoria: “Embargos de declaração. Ensino particular. Desnecessidade de debater todos os argumentos das partes. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Diálogo das fontes. Em matéria de consumidor vige um método de superação das antinomias chamado de diálogo das fontes, segundo o qual o diploma consumerista coexiste com as demais fontes de direito como o Código Civil e Leis esparsas. Embargos desacolhidos” (TJRS, Embargos de Declaração).

O Código de Defesa do Consumidor⁶ estabelece, de forma clara e precisa, o chamado princípio da imprevisão, ou a chamada cláusula *rebus sic stantibus*⁷, presente de forma implícita, em todos os contratos de consumo. Os contratos continuam a fazer lei entre as partes, mas desde que as permaneçam como estavam por ocasião do estabelecimento do liame obrigacional. De acordo com o artigo. 6º do Código do Consumidor, onde estão inseridos os direitos básicos do consumidor, dos quais, destaca-se o inciso V, cuja modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Este artigo deixa nítido a busca pelo reequilíbrio do contrato, proporcionando que a aplicação rígida do contrato seja revista quando houver detimento a um dos contratantes, concedendo ao julgador a função de preservar o contrato de forma mais favorável aquele que for merecedor da tutela específica.

Deste modo, a fim de evitar que o contratante/aderente seja prejudicado, o contrato confere a legitimidade a nulidade ao conteúdo de cláusulas consideradas abusivas, restabelecendo-se assim o equilíbrio contratual entre as partes.

3.2 CONCEITO DO TERCEIRO COTRATO

O termo *terzo contratto* refere-se à tendência em estender a microempresas que se encontram enfraquecidas, diante de alguns fornecedores de produtos e serviços. (PARDOLESI, 2013). De modo a ampliar regras e princípios do primeiro contrato, assegurando uma tutela especial ao sujeito vulnerável nas negociações empresariais.

Nessa perspectiva, Amandio Giuseppe (2016, p.58-60) a doutrina italiana sustenta a existência de três teorias contratuais, correspondendo a seus regimes jurídicos, visando tutelar cada situação.

⁶ O Brasil, diferentemente de Portugal, não estabeleceu uma lista que se aplica às relações entre empresários e consumidores e outra que se aplique nas relações entre empresários. Tampouco baseou-se na legislação alemã, que estabelece uma lista “negra” e outra “cinzenta”, estabelecendo níveis de abusividade das cláusulas. No Brasil o art. 51 estabelece uma só lista, de caráter exemplificativo, sendo certo que todas as cláusulas ali previstas são consideradas nulas de pleno de direito.

⁷ Expressão em latim “estando assim as coisas” (Teoria da imprevisão), (tradução).

O primeiro contrato disciplina as relações em posições paritárias, em igualdade de informação e dotados de força equivalente. Estas aspiram o máximo de liberdade e reivindicam o mínimo de intervenção do legislador, visando, no máximo, salvaguardar a determinação da autonomia, garantindo a sanção de uma regulamentação tendencialmente completa e autossuficiente.

O segundo contrato trata dos consumidores e fornecedores, caracterizado por uma desigualdade que nasce da carência de informações em que o consumidor se encontra, e da sua exclusão substancial do momento da elaboração de regras e condições. Postulando um máximo de controle, implementado pelo legislador, capaz de regular todas as fases e todos os perfis.

E, finalmente, a teoria do *terzo contratto* (terceiro contrato), também entre sujeitos desiguais, dos quais, no entanto, a desigualdade não nasce de uma carência informativa na negociação, mas da situação de dependência econômica em que o sujeito se encontra em relação a outra parte. Tal dependência econômica, a princípio, é determinada de um estabelecimento prévio da relação contratual de duração, por ocasião da qual uma empresa faz investimentos “específicos”, não facilmente convertido a outras atividades.

Em outras palavras, o terceiro contrato, na possibilidade de comportamento abusivo preexistente, ocasiona a estipulação deste. A perspectiva de abuso surge na fase pós-estabelecimento da relação contratual e se concretiza na “vantagem” por meio da qual a empresa “forte” aproveita da situação de dependência econômica que está localizado, o contraente efetua específico investimento, e por tal razão, não dispõe de alternativas de mercado.

Portanto, a distorção ocasionada pela assimetria econômica se relaciona com ausência ou pouca disponibilidade de meios que a parte em desvantagem se encontra perante a outra no contrato, ocorrendo a possibilidade de um desequilíbrio contratual nocivo.

Relevante destacar que mesmo ocorrendo discrepância econômica entre as partes, possa inexistir problemas estruturais na relação contratual. Nas hipóteses em que o contrato cumpre sua função de forma “perfeita”, não será relevante o poder econômico entre elas. Doravante, as relações aqui analisadas tratam de sua disparidade do poder financeiro entre as partes.

Sustenta Roberto Pardolessi (2013) que o ponto fundamental é o abuso⁸ que será corrigido por uma intervenção e poder conformativo de equidade, que não se ajusta aos contratos negociados ou com a tutela que se confere ao consumidor. O exame de correção, da parte vulnerável, não pode recair isoladamente sobre uma cláusula ou outra, mas deve passar pela racionalidade própria e compreender amplamente as relações entre as partes.

O exercício do poder contratual deve guardar respeito à boa-fé objetiva e seu dever de lealdade e comportamento, dando relevância para a situação de dependência econômica e equilíbrio contratual.

Judith Martins-Costa (1999, p. 124) ressalta “[...] a boa-fé objetiva é tomada como um padrão de conduta, um modelo de comportamento que os negociantes devem adotar antes, durante e após a negociação”, comportamento esse que Nelson Rosenvald (2005, p. 80) considera “[...] caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo e não frustrar a legítima confiança da outra parte”.

Ou seja, ela se exibe como “uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal”. (REALE, 2003, p.4).

Equivalentemente, Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo e Roberto Wagner Marquesi (2017, p. 264) ensinam que uma das funções da boa-fé objetiva diz respeito à limitação do exercício abusivo dos direitos subjetivos, exercendo “[...] verdadeira limitação à autonomia da vontade, com fundamento no dever de se agir dentro das delimitações imposta pela boa-fé”.

Nesse sentido como referência, faz-se necessário a menção de uma decisão, onde concretiza a percepção de que nos contratos entre empresas o sujeito “frágil” deve ser tutelado, conforme o presente acórdão de contrato de distribuição.

Como paradigma aponta-se o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, abaixo ementado.

⁸ O abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil Brasileiro, conforme Paula A. Forgioni, “pode concretizar-se mediante o abuso de dependência econômica, desde que o exercício das prerrogativas contratuais seja contrário ao seu fim econômico ou à boa-fé” (Contrato de Distribuição. Editora Revista dos Tribunais, 3^a ed., p. 273).

Apelação - Ação indenizatória por rescisão unilateral de contrato de distribuição de produtos farmacêuticos e afins – Procedência parcial – Preliminares de nulidade da r. sentença, arguidas pela ré, afastadas - Alegação em grau recursal, pela ré, de prescrição, nos termos do art. 206, § 3º, do Código Civil – Afastamento - Incidência, no caso, do prazo prescricional comum previsto no Código Civil de 1916 - Relação contratual estabelecida entre as partes iniciada em 1965 – Contrato de distribuição por escrito que somente veio a ser firmado em 2005, vindo a ser dado por rescindido pela ré, quatro meses depois, mediante aviso prévio de noventa dias, consoante previsto neste contrato, prazo este posteriormente prorrogado para dezembro de referido ano – Autora que não logrou apresentar a garantia exigida pela ré para poder continuar a revender produtos da fornecedora, mesmo como atacadista – Abusividade desta rescisão unilateral e abrupta do contrato configurada, por violação ao princípio da boa-fé objetiva – Autora que faz jus à reparação dos prejuízos sofridos com implantação do denominado projeto "Nova Era", bem como à indenização pela perda da lucratividade, decorrente da resilição abrupta do contrato, de conformidade com o que restou assentado no voto parcialmente divergente do terceiro Desembargador, ao qual os demais julgadores aderiram – Descabimento da pretendida indenização do fundo de comércio, pela perda da clientela, inócorrente no caso vertente - Juros de mora que devem ser calculados a partir da citação, por se cuidar aqui a propósito de responsabilidade contratual, à taxa de 1% ao mês – Recursos de ambas partes parcialmente providos. (TJ-SP - APL: 01017151420078260011 SP 0101715-14.2007.8.26.0011, Relator: Thiago de Siqueira, Data de Julgamento: 08/02/2017, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/02/2017), (TJSP, 2019, on-line).

A complexidade da matéria e a necessidade da completude da análise de todos os tomos, adveio a tramitação ao longo período de uma década.

As partes em litígio mantiveram por longo período – quase 40 anos – relação empresarial sob a rubrica de contrato de distribuição, formatado o pacto somente no ano de 2005 e, quatro meses depois, resiliido, prorrogado até o final de dezembro de 2005, não na forma varejista, mas na qualidade de atacadista.

Em citação no acórdão, Paula Forgioni (2014, p.82) narra que – “[...]o contrato de distribuição, de natureza fundamentalmente empresarial, apresenta caráter estável; encerra um acordo vertical, no qual o agente se obriga ao fornecimento de bens e serviços visando revenda”.

O tema foi amplamente discutido, inclusive sobre as especificidades do Direito comparado e as perdas pela resilição do contrato definidas como absorvíveis e não amortizáveis.

Nenhuma dúvida subsistiu no sentido de que a ré não agiu com a necessária boa-fé e transparência para o equilíbrio do contrato, sua preservação e duração.

Os projetos realizados vieram a desencadear prejuízos em desfavor da autora, e a repentina resilição do contrato tomou-a de surpresa, prorrogando-se a avença noutra modalidade até o final de dezembro de 2005.

O Desembargador Carlos Henrique Abrão, em seu voto, enfatiza: “No Direito europeu, conforme aludem Guido Alpa e Francesco Galgano (2012), não se pode prestigiar a submissão econômica do distribuidor, notadamente quando houver quebra do princípio de boa-fé e do equilíbrio contratual entre as partes”.

A premissa apontada por Guido Alpa (2012, p.153), segundo a qual, ao contrário do que previam os liberalistas, o contrato hoje não é intangível, intocável; impende considerar valores sociais, valores que dizem respeito à pessoa e aos direitos fundamentais. Destaca-se ainda afirmando que “*Contratto giusto vuol dire anche contratto che non viola i diritti fondamentali della persona*”, ou seja, contrato justo quer dizer ainda contrato que não viola os direitos fundamentais da pessoa.

Reiterando seu voto, o Desembargador Carlos Henrique Abrão (2007, p.73), menciona Paula Forgioni “[...] quando alude à interpretação dos negócios empresariais, informa que a prática de mercado e a remodelação deve ser conforme a importância econômica do negócio jurídico subjacente”.

Respeitando as interpretações, a referida autora do caso em comento mantinha 90% de sua distribuição concentrada em razão dos produtos fornecidos pela empresa ré, e imaginou que ao elaborar contrato escrito em 2005 pudesse ter a certeza e segurança da continuidade de seus negócios.

No entanto, 4 meses depois, em junho de 2005, sem justa causa, a requerida rompeu o vínculo contratual, acarretando prejuízos de monta para a requerente, não concordando em eventual transação. A demanda superava uma década, demonstrando a dificuldade de se lidar não apenas com os números, mas de entender conceitos econômicos, contábeis, de lucro líquido, ativos e imobilizados e circulantes.

Sendo indiscutível que a autora, baseada na confiança e na sua própria competência, tendo seus sócios prestado serviços diretamente a favor da ré, de posse de contrato escrito, os novos mercados abertos, investiu valores, confiou na capacidade e na capilaridade de continuar sua atividade; porém, meses depois, veio a ser colhida de surpresa pela prévia notificação de 90 dias dando por encerrado o contrato.

O Desembargador Carlos Henrique Abrão (2017, p.88) em seu voto cita “No campo do Direito Comparado, em breves pinceladas, a legislação italiana contempla a matéria e disciplina as indenizações no caso de ruptura contratual; igualmente o

Direito francês, quando elenca a responsabilidade do distribuidor e a interpretação de um contrato nitidamente empresarial".

Nos termos dos fundamentos, a solução apontada que melhor se ajustou, ao alcance do equilíbrio contratual. Em síntese, houve apuração da perda da lucratividade, do período de 24 meses contatos da notificação da rescisão – junho de 2005 -, aplicando a média do lucro líquido do período multiplicado por 12 vezes (tempo de adequação e reequilíbrio).

Guido Alpa (2012, p.160-161) vai além e afirma que "[...] a assimetria contatual pode residir inclusive na disparidade de poder contratual entre as partes, na sua posição jurídica, na relação entre as prestações acordadas, na superveniência de circunstâncias, além de outras causas". Considerando ainda que a assimetria não necessita ser decorrente da formação, tendo potencial de surgir após ser firmado o contrato entre as partes.

4. PRIVILÉGIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O contrato de consumo apresenta suas diversidades, ao ser apresentado para análise jurídica, deverá ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, o qual retrata uma principiologia distante da clássica aplicação dos contratos. Desta forma o magistrado terá a suma importância de estabelecer uma pretensão de igualdade ao menos no âmbito jurídico.

4.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Torna-se imperioso ao estudo das relações contratuais assimétricas a análise do princípio da igualdade, visto de forma prática, de sua violação e distorções que sua inobservância traz como consequência.

Segundo os ensinamentos de Rui Barbosa⁹ que, por sua vez, baseou-se em Aristóteles, afirmou que:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar

⁹ Oração aos moços.

com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Claudia Lima Marques (2012), afirma que “[...] da igualdade subentende-se o reconhecimento dos indivíduos como semelhantes, porém possuidores de características próprias”. De tal forma que estas características necessitariam estar sempre em destaque, na medida que a disparidade se torne mais evidente, a fim de viabilizar sua proteção e o pleno exercício dos direitos.

Sua grandeza se concretiza na validação junto a Constituição Federal de 1988, em expressivo posicionamento direcionando seu tratamento primordial. Ao estabelecer condições de isonomia, o legislador reconheceu o tratamento diferenciado aos que possuem qualidades, características ou condições distintas. Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo e Roberto Wagner Marquesi (2017, p. 257) apresentam a manifestação adequada em cenários de interferências nocivas “[...] existindo desigualdade de fato entre os indivíduos, tratá-los com paridade significaria privilegiar e promover a própria desigualdade.

Perante o universo de disparidade entre os contratantes, torna-se complexo a abordagem de igualdade somente no plano formal, sendo imprescindível a observação à igualdade substancial (ou material). Luiz Edson Fachin (2012, p.283) ensina que o tratamento desigual aos desiguais configura a própria noção de igualdade material.

4.2 BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Antes de discorrer sobre a existência de uma cláusula geral de boa-fé é necessário falar sobre o que seria a boa-fé. Inicialmente, Judith Martins-Costa (1999, p. 124) ressalta-se que se trata da boa-fé objetiva, não a subjetiva, ideia ultrapassada no direito contratual. A boa-fé objetiva é tomada como um padrão de conduta, um modelo de comportamento que os negociantes devem adotar antes durante e após a negociação, comportamento esse que Nelson Rosenvald (2005, p.80) destaca “[...] caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte”.

É nesta acepção objetiva que a boa-fé se faz notar de maneira concreta. Isso porque deve ultrapassar as fronteiras internas e psicológicas do agente e saltar em direção às atitudes realizadas. Deve ser vista a olho nu nos dispositivos contratuais, eis que a boa-fé comportamento não leva em conta a intenção do agente, seu propósito ou motivação, o que vale dizer que em

seu conceito não ingressam fatores psíquicos, o que a diverge da acepção subjetiva. (LÊDO, 2017, p.263).

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor prevê expressamente a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, ou seja, das cláusulas contrárias à boa-fé, o que ocasiona uma vantagem de efeito prático importante e que não deixa qualquer dúvida a respeito da importância da observância da boa-fé nas cláusulas contratuais inseridas em contratos firmados com consumidores e de forma análoga nas relações assimétricas.

Conforme leciona Claudia Lima Marques (2000, p.29), “O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa-fé nas relações no mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por consequência, o equilíbrio contratual”.

Primordial a necessidade de revelar a preocupação existente no que se refere à admissão da teoria do terceiro contrato, pois, ao conferir tamanha proteção as relações entre empresários, torna-se objeto de reflexão a violação do princípio da livre concorrência e da própria liberdade econômica e contratual.

De acordo com Maria Helena Diniz (2008), “[...] a livre concorrência, oriunda de atuação profissional, é a liberdade dada aos empresários para exercerem suas atividades segundo seus interesses, limitadas somente pelas leis econômicas, porém norteadas pelo princípio da boa-fé objetiva”. Deste modo, destaca-se que a livre concorrência tem como instrumento de exercício a liberdade de contratar.

Entretanto essa liberdade não pode ser desenfreada, devendo se comportar conforme os ditames do Estado Social, não descumprindo com o objetivo de impulsionar a economia de uma sociedade¹⁰.

4.3 CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Para Giuseppe Amadio (2012, p.183), a para que haja uma assimilação e julgamento relacionado ao abuso é necessário a identificação de cinco perfis distintos:

[...] os métodos de negociação (e a substância real do desequilíbrio); a prova de assimetria (e o abuso que dela pode derivar); as razões da intervenção protetora contra esse abuso; os parâmetros alcançados de sua avaliação;

¹⁰ Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direita de Inconstitucionalidade 319-DF, Ementa Rel. Min. Moreira Alves. “[...] em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário de lucros.[...].”

finalmente, a configuração do relacionamento decorrente do contrato (e seu possível impacto na avaliação do abuso). (tradução nossa)¹¹.

A correlação entre as cláusulas contratuais gerais e as relações assimétricas está diretamente relacionada ao entendimento de que estas estão previamente redigidas, tornando-se potencializadoras de desequilíbrio. É como afirma Jean Calais-Auloy (1986, p.143) quando “[...] parte da premissa de que os contratos pré-redigidos são, na imensa maioria das vezes, contratos desequilibrados”.

4.3.1 CLÁUSULA DE ARBITRAGEM

Considerando como parâmetro o Recurso Especial ¹² da Terceira Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo, que apresentou a possibilidade de declarar nulidade de cláusula de contrato de franquia nos casos em que é identificado um compromisso arbitral claramente ilegal, independentemente do estado em que se encontra o procedimento arbitral.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vê franquia como contrato de adesão, de acordo com a Ministra Nancy Andrigi (2016)¹³ relatora do caso “[...] o contrato de franquia é, inegavelmente, um contrato de adesão”, e que todos os contratos de adesão, “[...] mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei 9.307/96¹⁴” (Lei de Arbitragem).

Esclarecendo no acórdão, com menção a Carlos Alberto Carmona, para quem a função do dispositivo da Lei de Arbitragem é “[...] favorecer o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar a imposição da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, ao prever requisitos para a validade do compromisso arbitral em contratos de adesão”. Desse modo, a decisão mostrou a

¹¹ Le modalità della contrattazione (e la reale sostanza dello squilibrio); la prova dell’asimmetria (e dell’abuso che può derivarne); le ragioni dell’intervento protettivo contro tale abuso; i (conseguenti) parametri della sua valutazione; infine, la configurazione del rapporto nascente dal contratto (e la sua possibile incidenza sulla valutazione di abusività).

¹² REsp nº 1602076/SP (2016/0134010-1)

¹³ REsp 1602076

¹⁴ Art. 4§, § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

possibilidade de aplicação de preceitos fundamentais na busca de uma relação mais equânime.

4.3.2 DEVER DE INFORMAÇÃO

Nesse seguimento, demonstra a exigência imposta ao profissional no sentido de utilizar cláusulas contratuais “claras e compreensivas” sob pena de que sejam declaradas abusivas.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro traduz em diversos dispositivos a importância de observar o dever de informação, conforme pode ser visto nas regras sobre a oferta, sendo prevista a estrita necessidade de cumprimento do dever de informação, esclarecendo-se detalhadamente ao consumidor o conteúdo da cláusula contratual, sob pena de invalidade da mesma e ainda nas regras sobre publicidade, vedando-se a propaganda enganosa e abusiva.

Partindo da premissa em que uma relação contratual entre empresários, onde for nítida a assimetria de poder entre as partes, e de tal forma que, uma cláusula eventualmente seja inserida no contrato, em que seja extremamente vantajosa a uma das partes e a qual tenha sido submetida sem o poder de discussão, será considerada uma cláusula contratual geral, e sua relação será equiparada a uma relação de consumo, consumidor e empresário e não na forma prevista para as relações entre empresários.

5. CONCLUSÃO

De toda a análise, enfim, e das novas realidades sociais as quais o ordenamento caminha, o Direito está em constante mutação, em função da necessidade de acompanhar os avanços e equilibrar suas relações, de modo conceituar o sujeito, isoladamente, como um ser social, em seu desenvolvimento pleno, de acordo com os preceitos da dignidade humana.

Para comprovar a hipótese, consubstanciada na possibilidade de aplicação de privilégios destinados aos contratos do Código de Defesa do Consumidor, chegando a uma relação isonômica, também para contratos que não se enquadrem em tal natureza jurídica, mas também não possam ser considerados paritários, foi realizada

a análise de conceitos introdutórios sobre a teoria geral dos contratos e dos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como seu campo de aplicação e características das relações contratuais assimétricas.

Dessa forma, foi apresentado um novo paradigma relativo aos contratos com assimetria de poder. Foi demonstrada a tese do Terceiro Contrato, momento em que foram expostas suas características bem como o relato do julgamento com alusão a ele.

Viu-se, com isso, a mitigação da visão clássica, na qual os contratos deveriam ser cumpridos indistintamente, que não mais se aplica de forma absoluta, ou seja, há soluções equânimis baseadas no comportamento das partes. De tal forma que nas relações jurídicas onde uma das partes apresenta uma assimetria de forças, poderá se utilizar de prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor para equilibrar as partes para uma relação equânime.

Espera-se que, a busca do reequilíbrio das relações contratuais que sofrem distorções capazes de prejudicar uma das partes seja auferido, consistindo na igualdade interpretativa e corretiva, cujo alcance objetiva, naturalmente, restabelecer o equilíbrio contratual.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais*. Coimbra, 2013.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 21. Ed. rev. e atual. até a EC95 de 15 de dezembro de 2016. – São Paulo: Editora Verbatim, 2017.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARBOSA, Rui: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5.ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. V. II (edição histórica).
- BIANCA, Cesare Massimo. *Le autorité private*, Jovene, 1977.
- CAPOBIANCO, Ernesto. *Lezioni sul contratto*. G. Giappichelli Editore – Editore – Tourino, 2014.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. *La estrutura del negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. Ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito de empresa*. Saraiva, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003. V.4.
- DIZ, Milena Angélica Drumond Morais. *Cláusulas contratuais gerais e contratos assimétricos*. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. FILOMENO, José de Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GARBI, Carlos Alberto. *Il Terzo contratto – Surge uma nova categoria de contratos empresariais?*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/direito-civil-atual-il-terzo-contratto-categoria-contratos-empresariais>. Acesso em 06 de maio 2019.

GITTI Gregório.;VILLA Gianroberto. Il terzo contratto: L'abuso di potere contrattuale. Bologna: Società editrice il Mulino, 2012.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. *Scientia Iuris*, Londrina, v21, n.3, p.248-286, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p248.ISSN:2178-8189.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.

PARDOLESI, Roberto. I contratti per l'impresa - I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), Il Mulino Editori, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11. ed. atual. por Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense 2004. v. III.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. O Estado de São Paulo. São Paulo, 2003.

ROOPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Teoria dos contratos e contratos em espécie; 12. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos. São Paulo: Método, 2007.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI. 2067864-2014.8.26.000. Relator: Ricardo Negrão. DJ: 17/11/2014. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 31.out.2019.

TJSP. APELAÇÃO CIVIL: Ap. 0101715-14.2007.8.26.0011. Relator: Desembargador Thiago de Siqueira. DJ: 08/02/2017. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/42498005/processo-n-0101715-1420078260011-do-tjsp>. Acesso em: 28.jun.2019.

CAPÍTULO 16

PUNIBILIDADE E COMPETÊNCIA PROCESSUAL NOS CRIMES PRÁTICADOS POR AGENTE INDÍGENA NO BRASIL

Joniel Vieira de Abreu

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA/RJ. Mestre em Educação pela UFPA. Especialista em Direito pela UFPA. Especialista em Ciências Sociais pela UFPA. Advogado militante
E-mail: jonielaabreu@hotmail.com

Paulo Sérgio Almeida

Professor Titular. Faculdade de Educação. Instituto de Ciências da Educação. Universidade Federal do Pará. Doutor em Educação
E-mail: paulosac@ufpa.br

Rose Melry Maceió de Freitas Abreu

Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto de Ensino Previdenciário (IEPREV). Especialista em Docência pela Faculdade de Educação e Tecnologia do Pará (FAETE). Advogada militante na área Previdenciária e Trabalhista.
E-mail: rmelryabreu@gmail.com

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar a atuação do Estado no que concerne à aplicação do direito nos casos de crimes envolvendo os indígenas. Como são tutelados na legislação brasileira os crimes praticados por agente indígena? Pesquisa de caráter bibliográfico e documental com foco nas temáticas povos indígenas e a constituição, o direito à diferença, e teoria do crime, fundamentada nos estudos de SOUZA FILHO (2009), SANTOS FILHO (2008) e BARRETO (2008). Os documentos priorizados incidiram na Constituição Federal de 1988, no Código Penal e no Estatuto do Índio. Concluiu-se que não existem elementos normativos positivados capazes de definir com segurança a agente indígena uma conduta delituosa e nem critérios para aferir sua imputabilidade, uma vez que com o advento da Constituição de 1988 os povos indígenas foram elevados à categoria de sujeitos de direitos enquanto cidadãos detentores dos mesmos direitos da sociedade não-índia, porém, devem ser percebidos pelo direito com respeito às diferenças que os constituem.

Palavras-chave: Imputabilidade; Competência processual penal; Crimes indígenas; Direito à diferença.

1. INTRODUÇÃO

Os trabalhos que são produzidos na temática indígena, em sua maioria, limitam-se a compreender o lado histórico, cultural e lingüístico desses povos. Ao ser discorrido num dos vieses mostrados acima, seus autores deixam de apresentar o universo jurídico indigenista que é o fundamento norteador da interação desses povos com o Estado.

Este trabalho tem como objetivo analisar a atuação do Estado no que concerne à aplicação do direito nos casos de crimes envolvendo os indígenas. Seguindo esse viés examinamos o objeto “povos indígenas e normas penais”. Para tanto, perguntamos: Como são tutelados na legislação brasileira os crimes praticados por agente indígena?

A pesquisa foi realizada com base no estudo bibliográfico-documental. O levantamento bibliográfico permitiu o entendimento doutrinário de assuntos tais como: povos indígenas e a constituição; o direito à diferença; teoria do crime; para mostrar com isso como os povos indígenas devem ser interpretados na conjuntura atual. As principais produções teóricas adotadas foram: SOUZA FILHO (2009); SANTOS FILHO (2008); BARRETO (2008). Já os documentos analisados foram às legislações que regulam o assunto: Constituição Federal de 1988; Código Penal; Estatuto do Índio.

O artigo encontra-se estruturado em três partes. Na primeira, fizemos uma abordagem sobre a aplicação da pena, de modo a demonstrar que a imputabilidade é confrontada com a inimputabilidade para depois se concluir pela aplicação ou não de pena.

Na segunda, discorremos sobre a (in) imputabilidade de um agente indígena, a fim de evidenciar a lacuna penal ao constituir somente os critérios biopsicológico e biológico para se aferir pena, já que na conjuntura atual a tipificação e punibilidade de um agente indígena devem ser analisadas com base na Constituição de 1988 que consagrou o direito à diferença desses povos.

Na terceira parte analisamos um julgado do Supremo Tribunal Federal com intuito de expor que tanto a Justiça Federal como a Justiça Estadual são entes com competência para processar e julgar crimes praticados por indígenas. Caso o delito esteja relacionado ao rol expresso no artigo 231 da CRFB88 (direitos da coletividade

indígena), o ente competente será a Justiça Federal, porém, na hipótese de estar ele vinculado ao interesse pessoal do agente, a esfera de competência será atribuída à Justiça Estadual.

2. A APLICAÇÃO DA PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Penal (CP) brasileiro não define um conceito para o crime, o que se tem são critérios criados com o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal para distinguir crime de contravenção¹⁰⁴:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multas, ou ambas, alternativas ou cumulativamente (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914/41).

Assim o crime é definido juridicamente como sendo a conduta humana, por ação ou omissão que infringe um bem jurídico tutelado pela norma penal¹⁰⁵ (ponto de vista material).

Na legislação penal brasileira, só são punidos pela prática criminosa os “imputáveis”, por se tratar de agente capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento (GRECO, 2005). A imputabilidade é definida como “o conjunto de circunstâncias especiais ou de condições necessárias que demonstram a existência de nexo causal entre o delito e seu presumível autor” (GUIMARÃES (2008, p. 358).

A regra penal é a aplicação de pena ao agente que cometeu um ilícito. Todavia, ela traz consigo exceções elencadas no Título III (Arts. 26 a 28 do CP) da parte geral do Código Penal que discorre sobre os “inimputáveis”.

A inimputabilidade é aplicada em oposição à imputabilidade. Se nesta o agente tem capacidade para entender que praticou ato definido como crime e quis agir de acordo com o entendimento, naquela o agente não tem a capacidade para apreciar o caráter ilícito do fato por questão de: idade; não ter alcançado determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico; ou por existir em concreto uma circunstância que a exclui.

¹⁰⁴ Por contravenção entende-se a transgressão a preceito legal de mínima gravidade, por isso punida com pena mais branda, inferior àquelas aplicada aos crimes.

¹⁰⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2007.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º- É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940).

Vê-se que os critérios estabelecidos pela Lei Penal para a exclusão da pena (inimputabilidade) são classificados nos fatores: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; menores de 18 anos; embriaguez completa resultada de caso fortuito ou força maior. No primeiro caso (art. 26, caput) e no terceiro caso (§ 1º do Art. 28) para ser argüida a inimputabilidade, no tempo da ação ou omissão o agente deveria estar inteiramente incapaz para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Porém, na segunda hipótese de incidência enunciada no art. 27, basta que o agente seja menor de 18 anos. Nesse caso, seguirá as regras da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Esses critérios estabelecidos para aferir a inimputabilidade são organizados em três sistemas: o biológico; psicológico; e biopsicológico.

O primeiro é o sistema biológico, segundo o qual aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável, não se indagando se essa anomalia causou qualquer perturbação que retirou do agente a inteligência e a vontade do momento do fato (...). O segundo é o sistema psicológico, em que se verifica, apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer preocupação a respeito da existência ou não de doença mental ou distúrbio psíquico patológico (...). O terceiro critério é o denominado sistema biopsicológico, adotado pela Lei brasileira no art. 26 que combina os dois anteriores. Por ele, deve verificar-se, em primeiro lugar, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Em caso positivo, averigua-se se era ele capaz de entender o caráter ilícito do fato; será inimputável se não tiver capacidade (MIRABETE, 2006, p. 207, 208 – GRIFO MEU).

O Código Penal utiliza como regra o critério “biopsicológico”, onde para a pessoa ser considerada inimputável, não basta ser ela acometida por doença mental, devendo ainda ao tempo do crime, se encontrar em uma situação de inteira incapacidade para o entendimento do ato ilícito e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Porém, a exceção está no Art. 27, onde o legislador se apropriou somente do critério “biológico”, pois para ser aferida a inimputabilidade com fundamento nesse artigo, basta o agente ser menor de 18 anos, sem qualquer questionamento sobre a real incapacidade de entender ou querer a materialização do fato praticado.

3. A IMPUTABILIDADE DOS POVOS INDÍGENAS

A aplicação de pena a um agente indígena envolve toda uma complexidade, pois, de um lado se posiciona o direito indigenista constituindo as condutas criminosas e atribuindo os critérios para serem imputados nas penas, e de outro, se tem os povos indígenas com garantias positivadas em norma constitucional recepcionadas sob o “direito à diferença”.

O conflito legislativo ganhou destaque com a promulgação da Constituição de 1988 ao reconhecer no Art. 231 o “direito à diferença” dos povos indígenas. Se antes da Constituição de 1988 a finalidade estatal era a desindianização, com a nova Carta Política a conquista foi na garantia de permanecerem indígenas e serem recepcionados com políticas públicas objetivando a manutenção e o respeito pela diversidade (ABREU, 2009). O atrito legislativo encontra-se entre a Lei 6001/73 (Estatuto do Índio); a Constituição de 1988; e o Código Penal brasileiro.

A atribuição de pena a uma conduta criminosa desferida por agente indígena envolve análise nos termos do Art. 56 e 57 da Lei 6.001/73; caput Art. 231 da Constituição; e Código Penal.

Art. 56 - No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração silvícola.

Parágrafo Único: As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semi-liberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

Art.57 - Será tolerada aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus

membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. (BRASIL. Lei 6.001/73).

Art. 231 - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

O Estatuto do Índio não elenca sobre tipificação penal a agente indígena situação que vincula ao regramento da conduta com fundamento no Código Penal tanto para o “tipo” como “cominação”. O que foi elencado na norma infraconstitucional é o caso da condenação de agente indígena, situação explícita no Art. 56 de causa de redução da pena.

Com o caput do Art. 231 da Constituição, normatizou-se que a condição de indígena independe da regra exposta no Art. 4º da Lei 6.001/73:

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vêm necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura (BRASIL. Lei 6.001/73).

A Carta Política do país revoga as etapas listadas no art. 4º do Estatuto, e garante aos indígenas o direito de permanecerem diferentes sem integrar-se com a sociedade nacional.

Nesse novo contexto, se tem uma garantia de atenuação de pena pelo simples fato de ser o agente indígena (isolado ou não). Diante dessa situação, também é apontada a lacuna na norma penal ao aferir critérios para a culpabilidade (aplicação da pena). Partindo do pressuposto que um agente indígena maior de 18 anos praticou um fato típico, antijurídico e culpável, questiona-se: como garantir a aplicação da pena sem violar o direito constitucional da diferença?

Os critérios utilizados para aferir imputabilidade e inimputabilidade presentes no Código Penal brasileiro não contemplam aos povos indígenas, pois na análise de um caso concreto, a diferença indígena não está vinculada a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas ao fator cultural que determina o funcionamento de sua sociedade.

Ao comentar a complexidade envolvendo a causa indígena em relação à sociedade nacional, Souza Filho (2009. p. 118) assim se pronunciou:

Dentro de cada comunidade ou povo, existe um complexo sistema penal que reprime condutas consideradas anti-sociais. Muitas vezes o próprio conceito de crime e pena são diferentes nas comunidades, já que estes conceitos são históricos e sociais, isto é, existem eles mesmo como resposta a uma situação histórica determinada ambiental e cronologicamente. Portanto, nem sempre aquilo que é considerado crime pela lei estatal o é dentro da comunidade. E muitas vezes, um ato legal para a lei é considerado crime abominável para outra cultura.

Com base no exposto acima percebemos que a criminalização de agentes indígenas tendo como parâmetro as legislações vigentes, não se pode aferir delito e pena sem considerar a conquista do direito à diferença. A Constituição de 1988 obriga o Estado a criar um novo critério para se imputar crime a indígenas tendo como parâmetro seu universo cultural. Além do critério biológico aferido aos menores de 18 e o “biopsicológico” atribuído ao rol do artigo 26 do CP, torna-se necessária a criação do critério cultural para ser atribuído aos casos de crimes envolvendo o agente indígena.

Assim, o “direito à diferença” confrontado com a criminalização revela a fragilidade das doutrinas penalistas para constituir crime a agentes indígenas, forçando a um novo entendimento com base na realidade cultural do infrator.

4. COMPETÊNCIA NOS CRIMES PRATICADOS POR E CONTRA INDÍGENAS

Em se tratando da competência para processar e julgar os casos de crimes envolvendo indígenas existiu, até 2006, divergências na doutrina. Cabe destacar que esta situação já se encontra pacificada.

A Constituição de 1988 elenca no Art. 109, inciso XI:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

XI – a disputa sobre direitos indígenas (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

A divergência doutrinária repousava sobre o entendimento constitucional de “disputas sobre direitos indígenas” por se tratar de matéria de inteira competência dos Juízes Federais.

Alexandre de Moraes (2004) dizia que situações envolvendo indígenas poderiam ser de competência tanto da Justiça Federal como da Justiça Comum. Na

primeira hipótese, se a figura de indígenas fosse apresentada como autor ou vítima em situação envolvendo a comunidade em questões ligadas à cultura ou direitos sobre as suas terras. Já a segunda quando referente à ação ou omissão vinculada somente a pessoa do índio.

Adepto de outra interpretação, o professor José Afonso da Silva (2007, p. 861), dizia que “os direitos e interesses dos índios têm natureza de direito coletivo, direito comunitário”, logo, em todos os casos litigiosos que os envolvem, o ente competente para processar e julgar recai na Justiça Federal.

O professor fundamentava seu argumento por meio da seguinte análise:

A Constituição reconhece legitimação para defendê-los em juízo aos próprios índios, as suas comunidades e às organizações antropológicas e pró-índios, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo, que é da competência, em primeira instância, do Juiz Federal da seção onde estiverem situadas as terras por eles habitadas e, na segunda, do Tribunal Regional Federal da área. Pela mesma razão, ou seja, por se tratar de direitos e interesses coletivos, indisponíveis, de ordem pública, envolvidos, além do mais, com interesses da União, é que a Constituição também deu legitimização ao Ministério Público para defendê-los judicialmente, e, se a competência é da justiça Federal, o Ministério Público legitimado é o Ministério Público Federal (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 861, 862).

O entendimento de Santos Filho seguia a linha do professor José Afonso da Silva afirmando que o dispositivo do inciso XI é impositivo no reconhecimento da competência da Justiça Federal para todos os casos que envolvam índios, inclusive os crimes por eles praticados.

Pelo Projeto de Lei 2.057/91, Estatuto das Sociedades Indígenas, que tramita no Parlamento há mais de dez anos, a questão é resolvida pelas disposições contidas no art. 9º, segundo o qual competirá aos juízes federais processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas; os crimes praticados por índios ou contra índios, suas sociedades, suas terras e seus bens (...). O Projeto de Lei 2.057/91 firma de forma inquestionável a competência da Justiça Federal para o deslinde de questões cíveis e criminais envolvendo índios (SANTOS FILHO, 2008, p. 112).

Para Barreto (2008, p. 60), a questão terminológica, a primeira vista, parece de pouca importância se

não fosse certa corrente jurisprudencial sustentar que as “competências cíveis” são aquelas definidas a partir do termo “causas” e as “competências criminais” aquelas definidas a partir do termo “crimes” (...) A partir dessa premissa, interpretam que a competência quanto à “disputa sobre direitos indígenas” é de “natureza cível”, não envolvendo os “crimes” praticados por ou contra indígenas.

Barreto ressalta, que o termo “disputa” apresentado no art. 109 da CRFB 88, deveria ser interpretador como sendo tanto de natureza cível, quanto criminal, pois a norma é de natureza “constitucional”, não sendo a afirmação um “mero jogo de palavras, mas reflete opção axiológica de evidente sobrevalorização do dispositivo constitucional em tela” (BARRETO, 2008, p. 60). O elemento fundamental para se reconhecer se a causa seria de competência da Justiça Estadual ou Federal, assentava-se nos “fins” pretendidos com a conduta. Se os “fins” dessa disputa ferissem direitos indígenas, a competência para processar e julgar seria da Justiça Federal, caso contrário, ficaria sob o arbítrio da Justiça Estadual.

Um exemplo utilizado por Barreto foi de dois processos que estiveram sob sua responsabilidade¹⁰⁶ ao exercer sua função de Juiz Federal. No primeiro caso, um casal de indígenas, por ciúmes recíprocos, chegaram a vias de fato, causando lesões corporais recíprocas. No outro caso, um grupo de freiras que se dirigiam em um veículo para dar apoio a uma reunião de lideranças indígenas, foram interceptadas por fazendeiros, em uma estrada estadual, e submetidas a maus-tratos e constrangimentos.

No primeiro caso a análise foi que se tratava de uma agressão recíproca por causa de “ciúmes”, logo, não se denota nenhum envolvimento de disputa sobre direitos indígenas no caso. Nessa situação a decisão foi que não havia competência da Justiça Federal para processar e julgar. Já no segundo caso, os “fins” que levaram as freiras a serem submetidas a maus-tratos e constrangimentos, decorreu do fato de que elas iriam prestar assistência as lideranças indígenas no que se refere a seus direitos, logo, a decisão foi a favor da competência da Justiça Federal para processar e julgar, pois, se tratava de “disputa sobre direitos indígenas”.

Nesse sentido, a interpretação de Barreto apresentava-se com maior inovação, pois, discordava tanto da interpretação dos constitucionalistas consagrados Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva para inaugurar um entendimento que envolvia tanto indígenas como não indígenas, onde o fator determinante da competência era o “fim” da conduta.

A manifestação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para esse conflito doutrinário que se evidenciava na prática, levou a edição da Súmula 140 que diz: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena

¹⁰⁶ Isso porque Helder Girão Barreto é Juiz Federal.

figure autor ou vítima". Porém somente com o Acórdão do Recurso Extraordinário (RE) de nº 419.528-3/ PR¹⁰⁷ de 03/08/2006 é que passou a se tornar pacífica a questão de competência para os crimes praticados por ou contra indígenas.

O Supremo Tribunal Federal (STF) em sua maioria apresentou um consenso sobre o inciso XI do artigo 109 da CRFB 88, no que se refere à competência para processar e julgar os casos de crimes envolvendo indígenas. A ementa do acórdão explicita:

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da justiça comum. Recurso Improvido. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, incs. IV e XI, da CRFB. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação seja de genocídio, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido disputa sobre direitos indígenas, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena.

O RE 419.528-3/PR tratava do caso envolvendo a prática dos crimes de ameaça, lesão corporal, constrangimento ilegal e tentativa de homicídio, atribuído a três índios contra uma menina de 15 anos, também de origem indígena. Os crimes supostamente ocorreram no trajeto entre o Posto Indígena Queimadas, onde morava a índia e sua família, e Ortigueira, município no interior do estado do Paraná.

A Polícia Civil paranaense instaurou Inquérito a fim de averiguar o caso. Após interrogar os envolvidos, o Ministério Público Estadual requereu à Justiça comum do Estado a extinção da punibilidade dos acusados nos crimes de ameaça e lesões corporais leves. Alegou que o prazo para oferecer denúncia já havia sido extinto. O Juiz da Comarca de Ortigueira decidiu a sentença conforme o pedido do MP e remeteu os autos para o Juizado Especial Criminal da Comarca do município para que fosse processado e julgado o delito de constrangimento penal. Na audiência preliminar, o MP estadual manifestou-se pela incompetência absoluta da Justiça Estadual. Motivo: os fatos ocorreram dentro de reserva indígena e os envolvidos são índios. O Juizado Especial Criminal da Comarca de Ortigueira adotou o pronunciamento do Ministério Público Estadual e remeteu os autos à Justiça Federal. Mas o juízo da Circunscrição Judiciária de Londrina (PR) se declarou incompetente para julgar a causa. Segundo o

¹⁰⁷ O acórdão na íntegra está disponível no site do STF:
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

Meritíssimo, não seria competente para julgar o presente caso, uma vez que a causa tem como objeto jurídico a “vida, integridade física e/ou liberdade individual de uma vítima determinada”.

Diante do impasse, a Justiça Federal instaurou o “Conflito de Competência” 35.073/PR no STJ. A 3^a Seção da Corte julgou que a competência para esta causa seria atribuição da Justiça Estadual. O Ministério Público Federal entrou com recurso no STF para tentar reverter a decisão do STJ. No STF, a interpretação dos que deram guarida ao fato de ser a Justiça Federal como ente competente para julgar o caso, seguiu a fundamentação do ministro Marco Aurélio (relator originário). Já os que interpretaram que o caso deveria ser julgado pela Justiça Comum Estadual, seguiram a proposição argumentativa exarada pelo ministro Cezar Peluso (relator do acórdão).

Na interpretação do ministro Marco Aurélio, o inciso XI do art. 109 da CRFB 88, não pode ser percebido como sendo a intenção do legislador criar um foro privilegiado para indígenas, mas sim estabelecer como juiz natural para causas envolvendo indígenas, a Justiça Federal. Quis com isso o constituinte, dar integral proteção ao índio. Ao fundamentar seu voto a favor da competência da Justiça Federal para processar e julgar o caso, o ministro disse:

A Constituição Federal de 1988 deu ênfase à proteção dos índios prevendo parâmetro a serem observados – artigos 231 e 232 nela contidos. Sob o ângulo da atuação do Estado, considerada a jurisdição, fixou, no inciso XI do artigo 109 da Carta, a competência dos juízes federais para processar e julgar a “disputa sobre direitos indígenas”. Nele não se contem restrição, limitando a competência da Justiça Federal aos conflitos de interesses no campo patrimonial (...). Cumpre dar a maior eficácia possível à Carta da República. Iniludivelmente, o Diploma Básico não só veio a emprestar disciplina própria aos interesses indígenas como também, sem estabelecer qualquer distinção assentou a competência da Justiça Federal. Descabe, mediante interpretação, potencializar a referência contida no inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal ao vocábulo “disputa”, devendo este ser entendido como a revelar qualquer conflito, em cujo âmbito se situam os crimes praticados pelos indígenas (RE 419.528/PR, p. 482, 484).

Seguindo essa mesma linha interpretativa, a ministra Cármem Lúcia ratificou que o termo “disputa” do inciso XI, não pode ser percebido somente pelo viés da coletividade, pois a preocupação do constituinte foi exatamente proteger a pessoa do índio. Já o ministro Joaquim Barbosa estendeu que

o espírito protetivo outorgado ao índio pela Constituição deve ser compreendido e visto em sua maior amplitude, com a inclusão de todos os aspectos, inclusive a proteção jurisdicional” (RE 419.528/PR, p. 516).

Nessa interpretação, a “disputa sobre direitos indígenas” do inciso XI, deve ser entendido como sendo todos os casos que envolvam indígenas, logo, se num ato litigioso envolver indígenas, compete unicamente a Justiça Federal processar e julgar, posto que o juizado foi eleito pelo constituinte para atuar no caso.

A linha majoritária do STF foi a interpretação do ministro Cesar Peluso, que utilizou como base para justifica seu voto em desfavor do RE 419.528, o entendimento do Min. Maurício Corrêa, relator do julgamento do Habeas Corpus¹⁰⁸ (HC) nº 81. 827 em 28/05/2002, sobre as disputas de direitos indígenas. O HC foi impetrado pela FUNAI em favor dos índios: Juliano Zoneidezokai, Osvaldo Batista Xexokemas, Benedito Garcias Onezoka e Paulo Sérgio Axokeme, alegando estarem sofrendo constrangimento ilegal em face da decisão monocrática proferida pelo ministro relator do conflito de competência 20.903, do STJ, que declarou a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ação penal em que os pacientes são acusados de crime de homicídio qualificado.

No entendimento do Min. Mauricio Corrêa no que se refere ao ente competente para processar e julgar as causas envolvendo indígenas,

(...) a Justiça Federal é competente para o processo quando ele veicula questões ligadas aos elementos da cultura indígena e aos direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena (...). Na verdade a ação penal não está ligada a questões que dizem respeito à cultura indígena ou a direitos sobre terras, de forma a deslocar a competência do feito para a Justiça Federal. Trata-se de delitos comuns isolados que não configuram “disputa sobre direitos indígenas”, razão pela qual revela-se correta a decisão que deu por competente o Juízo de Direito da Comarca de Pontes e Lacerda-MT (HC nº 81. 827, 2002, p. 237, 329).

Nesse mesmo entendimento, o Min. Cesar Peluso foi enfático ao se manifestar:

“disputa sobre direitos” significa, em primeiro lugar, a existência de conflito que, no contexto, é sempre intersubjetivo: disputa entre duas ou mais pessoas. Depois, que o objeto desse conflito sejam direitos indígenas. A expressão é “disputa sobre direitos indígenas”. Deve, pois, haver situação teórica em que duas ou mais pessoas estejam disputando a respeito de direitos indígenas, quaisquer que sejam esses direitos, mas com o seguinte alcance: que essa disputa envolva demanda sobre a titularidade dos direitos, sem a qual, é óbvio, não há disputa sobre direitos. Quando não haja disputa sobre titularidade de direitos não há disputa sobre direitos! No caso da chamada lide penal, temos evidentemente conflito entre o Estado e o acusado, entre autoridade e ius libertatis, mas o objeto aí é, pura e simplesmente alegada ofensa a um bem jurídico altamente qualificado pelo

¹⁰⁸ O acordão na íntegra encontra-se disponível no site do STF:
<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

ordenamento, mas sem nenhuma disputa sobre a titularidade do direito ou do bem que teria sido violado (RE 419.528/PR, 2006, p. 495, 496).

É ainda ressaltado pelo ministro que numa lide penal não se disputa direitos indígenas, mas apenas “a procedência, ou não, de acusação penal, para efeito de, verificar a existência de um crime, aplicar punição, ou não, ao seu autor” (RE 419.528/PR, 2006, p. 496). Com isso, o Min. Cezar Peluso defende que se na raiz de um ato delituoso envolvendo indígenas for comprovada disputa sobre direitos indígenas conforme os descritos pelo relator do HC nº 81. 827, deve-se reconhecer como ente competente a Justiça Federal, caso contrário, por mais que a ação tenha ocorrido dentro de uma reserva indígena por agentes indígenas, mesmo assim, o caso ficará sob competência da Justiça Estadual comum. No entendimento do ministro, se o legislador estivesse com a intenção de garantir aos indígenas um foro exclusivo, teria explicitado no art. 109, que todas as causas, civis e penais, em que seja parte um índio, deveriam ficar sob a competência da Justiça Federal, porém, o que se tem, é “a particularidade de considerar uma disputa sobre direitos indígenas no sentido lato” (p. 509).

No fundamento do voto do Min. Ricardo Lewandowski, contra o Recurso Extraordinário, ele confirmou que os “direitos indígenas” sujeitos a disputas conforme expressa o inciso XI da CRFB 88, “são exatamente os direitos coletivos relativos à organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre terra” (RE 419.528/PR, 2006, p. 507). O ministro aponta com isso que o art. 231, *caput* – que merece ser analisado em consonância com o inciso XI do art. 109 – , deve ser interpretado como sendo direitos de caráter civil, e não penal, logo, somente quando esses direitos forem afetados, cabe sua competência à Justiça Federal. O Min. Ricardo Lewandowski ainda registrou:

O fato de a competência ser da Justiça federal ou estadual não aumenta nem diminui a proteção do índio, o fato de ele ser julgado por um juiz estadual, porque ele terá que aplicar a Constituição, o Estatuto do Índio, Lei 6.001/73; haverá intervenção do Ministério Público estadual, também se for o caso da competência da Justiça estadual, que verá se os direitos do índio estão atendidos ou não. De maneira que, o fato de se deslocar a competência para a Justiça Federal ou Estadual não implica diminuição ou aumento de proteção do índio, uma vez que a legislação protetora do índio haverá de ser observada necessariamente (RE 419.528/PR, 2006, p. 512).

O lado positivo encontrado pelo ministro, é que ficando sob competência da Justiça Comum, os direitos indígenas estarão mais bem protegidos, uma vez que a

Justiça Estadual está mais espalhada por todo território brasileiro e sendo de mais fácil acesso.

O Min. Carlos Brito, que também votou contra o Recurso Extraordinário, entendeu que o substantivo “disputa” e não controvérsia e não causa, leva a entender que o legislador tinha a “preocupação em considerar as comunidades indígenas, as coletividades, os grupos e não apenas um ou outro índio em separado, em apartado” (p. 509). No fundamento de seu voto, argumentou que se convenceu dessa intenção do legislador em considerar a coletividade e não a individualidade no que tange as “disputas sobre direitos indígenas”, devido ser esclarecido no inciso V do art. 129 da CRFB 88, que entre as funções institucionais do MP, está a de “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”, logo se observa, que o legislador constitucional, sempre primou pelo grupal, pelo coletivo, e não pelo individual.

Já o ministro Sepúlveda Pertence, chamou atenção para o caso de se levar em consideração na interpretação do inciso XI os métodos sistemático e teleológico, pois, se assim for, ao ser analisado um caso de crimes envolvendo indígenas houver motivação do fato criminoso por questões étnicas, seja do agente ou da vítima, a competência deverá ficar sob a responsabilidade da Justiça Federal, pois, a aplicação desse inciso, deverá ser casuística.

Com esse Acórdão ao RE 419.528, se percebe que entre os ministros do STF, a maioria entende que o inciso XI do artigo 109 da CRFB 88, não deve ser aplicado a casos de crimes cometidos por e contra indígenas (questão penal) que figure apenas a individualidade do sujeito, pois essas “disputas sobre direitos indígenas”, envolvem direitos cíveis conforme é elencado no *caput* do art. 231 da Carta Republicana, não sendo a intenção do legislador criar um foro exclusivo para julgar os casos envolvendo indígenas, e sim garantir seus direitos conquistados como cidadãos brasileiros a partir de 1988.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão envolvendo crimes praticados por e contra indígena no Brasil, em sua amplitude, não se encontra pacificada. No que tange a questão de competência para processar e julgar mostrou-se não haver mais divergências interpretativas no

inciso XI do Art. 109 da CRFB após o julgado do Recurso Especial 419.528 que tornou possível tanto a Justiça Estadual quanto a Federal atuar no deslinde da lide.

Eleger o ente competente para processar e julgar crimes cometidos por indígenas não constitui a espinha dorsal da discussão, pois, independentemente do órgão competente o Estado irá se posicionar como o “ius puniendi”. O ponto conflituoso repousa no de maior relevância que é a atribuição de fato delituoso e aplicação de pena a agentes indígenas.

Os critérios estabelecidos pelo legislador penal para a punibilidade não atendem aos povos indígenas, visto que, conquistaram com a Constituição Federal de 1988 o direito de serem diferentes. A CRFB de 88, pôs fim ao processo de desindianização que era promovido por ações do Estado para garantir aos indígenas o direito de permanecerem como tais.

A conquista a diferença indígena com relação ao seu universo cultural passou a ser respeitada e mantida. Tais garantias em relação à sociedade nacional deixou de ser elemento intrínseco ao primitivismo e ganhou status de diferença pautada na cultura. A diferença indígena está em sua cultura e isso passou a ser dever do Estado em protegê-la, especificamente quando se tratar de atribuir a punibilidade em processo penal.

Discutir a conduta criminosa praticada por indígena nesse novo contexto tornou necessário reinterpretar a legislação brasileira sob o prisma do direito à diferença no âmbito do STJ e do STF.

A fragilidade da norma penal foi revelada tanto para se tipificar a conduta delituosa, como para atribuição da pena. Sobre a atribuição de um tipo penal, o conflito se deu com o sistema cultural indígena. Enquanto a sociedade nacional elenca por meio de legislações o que é entendido por condutas delituosas, as comunidades indígenas mantêm suas normas de repreensão por meio de sua prática cultural.

Quanto ao aferimento de critérios para a punibilidade, a regra pautada no critério “biopsicológico” não responde a realidade dos povos indígenas frente à nova conjuntura da legislação brasileira, pois o direito à diferença torna obrigatória a inserção de um critério pautado na realidade cultural do agente.

Independentemente do ente com competência para processar e julgar mostrou-se com este estudo que não existem elementos normativos positivados capazes de

definir com segurança a agente indígena uma conduta delituosa e tampouco critérios para aferir a imputabilidade.

Diante do exposto, espera-se que este trabalho venha a contribuir com os operadores do direito ao se reportarem a causa indígena, pois, com a CRFB de 1988 foram reconhecidos como cidadãos, detentores dos mesmos direitos da sociedade não-índia, porém, como todo brasileiro, devem ser percebidos pelo direito com respeito às suas especificidades.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Joniel Vieira de. **De Selvagens tutelados a sujeitos cidadãos: Os crimes cometidos por e contra indígenas na nova conjuntura da legislação brasileira.** Monografia de Especialização em Ciências Criminais. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará/Campus de Santarém. 2009.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28 ed. São Paulo – SP: Malheiros Editores, 2007.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais.** 5 ed. Curitiba – PR: Juruá, 2008.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dez. 1940. **Código Penal.** Diário Oficial, Rio de Janeiro - RJ, 31 de dez. 1940.
- BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dez. 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio.** Diário Oficial, Brasília, 21 de dez. 1973.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 5 ed. Rio de Janeiro – RJ: Impetus, 2005.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico Jurídico.** 11 ed. São Paulo – SP: Rideel, 2008.
- HABEAS Corpos de nº 81.827-7/ MATO GROSSO, de 28/05/2002. Disponível no site: <www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado no dia 02.05.2009; às 16:55.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** 23 ed. São Paulo – SP: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo – SP: Atlas, 2004;
- RECURSO Extraordinário de nº 419.528-3/ PARANÁ, de 03/08/2006. Disponível no site: <www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado no dia 02.05.2009; às 16:35.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista.** 4 ed. Curitiba – PR: Juruá, 2008.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito.** 6 ed. Curitiba – PR: Juruá, 2009.

CAPÍTULO 17

AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS COM OS POVOS INDÍGENAS DURANTE A DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL

Luane Flores Chuquel

Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Advogada.
E-mail.: luanechuquel@hotmail.com.

Alef Felipe Meier

Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, graduado em Direito pela mesma instituição. Docente do Curso de Direito e Ciências Sociais/Ciência Política na Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA. Advogado.

E-mail: aleffelipe93@hotmail.com

Ivo dos Santos Canabarro

Pós Doutor em História Social pela Universidade Federal Fluminense do Rio de Janeiro. Doutor em História Social pela Universidade Federal Fluminense do Rio de Janeiro e Universidade de Paris UP3. Docente do Curso de Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ.

E-mail: icanabarro@yahoo.com.br

Abstract: This article is summarized in analyzing the systematic violations of human rights that occurred against indigenous peoples during the period of the Brazilian Civil-Military Dictatorship (1964 – 1985), as well as the means used in the process of forced acculturation. Based on a hypothetical-deductive method, the central problem analyzes the forms of violations perpetrated by the Military Government, through expropriations, contacts with isolated peoples, epidemics, torture and deaths. In addition to knowing, it is imperative to remind and make current and future generations aware of all the discretion imposed during the "Years of Lead", since many indigenous cultures and ethnic groups were decimated without any interest from the State at the time. Thus, revisiting history makes us have a new present, and perhaps a better future. So you don't forget, so that it never happens again.

Keywords: Human Rights; Civil-Military Dictatorship; Indian people; Violations.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho aborda alguns pontos substanciais que elucidam a forma de tratamento levada aos povos indígenas no infeliz período da Ditadura Civil-Militar. Os casos citados repercutem e nos fazem pensar de um novo modo, não só em relação as barbáries já conhecidas daquele tempo, mas também, sobre os martirizados índios que muitas vezes sofreram calados por medo e temor.

O principal problema trazido em pesquisa se revela em trazer à tona alguns dos inúmeros fatos ocorridos e pouco divulgados/vistos por grande parte de nossa sociedade, com o fim de que seja dada a importância cabida e merecida àqueles que tanto lutaram desde os primórdios por este país que conhecemos hoje.

Desta ótica, o presente trabalho, por meio do método de abordagem dedutivo, e método de procedimento monográfico aborda as violações aos direitos humanos ocorridas com os povos indígenas entre o período de 1964 a 1985.

2. ANÁLISE E DISCUSSÃO

Pouco se fala, ou se repercute sobre o que aconteceu com os povos indígenas durante o sádico Regime Militar brasileiro, ocorrido entre os anos de 1964 a 1985, período analisado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), em que índios de todos os cantos do Brasil sofreram diversas formas de repressões e barbáries em séries. Muitos sobreviventes deste período, ainda sofrem calados ao relembrar os momentos de angústia, de medo, de tensão, de dor e, principalmente sofrem pelo descaso do Governo Brasileiro e pelo esquecimento da população.

A FUNAI (Fundação Nacional do Índio), criada em 05 de setembro de 1967, tem como missão institucional a proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas, cabendo, ainda, dentre outras tarefas, a de monitoração e fiscalização das terras indígenas. Anos depois, foi amparada pelo Estatuto do Índio. Nesse diapasão, toda e qualquer violação sofrida pelos indígenas na época ditatorial, em tese, deviam ser coibidas e proibidas pela Lei nº 6.001/73, através da fiscalização da FUNAI, o que de fato, não aconteceu.

Ao contrário, segundo informações do relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), a própria FUNAI¹ “[...] foi militarizada e se tornou um instrumento para graves violações de direitos humanos, alegadamente em nome de “integração” do índio à sociedade brasileira” e, mais tarde o Estatuto Indígena “[...] foi seguidamente violado, [...], inclusive pela própria Funai” (COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO, Tomo I, v. II, p.01, 2014).

Neste contexto, outra violação cometida pelos militares contra os povos indígenas, deu-se através da criação da GRIN (Guarda Rural Indígena), feita pelo capitão Manoel Pinheiro com colaboração e anuênciia do presidente da FUNAI na época, José Queirós Campos². Composta por índios das etnias Xerente, Maxacali, Carajá, Krahô e Gaviões:

A Grin era um ambicioso projeto de Queirós Campos. Ele pretendia reunir ‘mais de 3 mil índios’ com o objetivo de ‘defender aldeamentos contra abusos e impedir que os silvícolas também pratiquem desmando’. Ou seja, era uma operação de contenção dos índios, tanto nos problemas internos quanto nos ataques a ‘civilizados’. Em público, o capitão Pinheiro também afirmava que uma das funções da Grin era permitir aos índios ‘se defenderem dos ataques dos maus civilizados’ que invadiam territórios indígenas (VALENTE, 2017, p. 71).

Assim por meio desta Guarda, iniciava-se o ensinamento de práticas militares aos índios, no Batalhão Escola da Polícia Militar de Belo Horizonte, no Estado de Minas Gerais. Foram 57 alunos no começo das atividades, em novembro do ano de 1969, vindos das tribos Kraô, Maxacali e Xerente. De início, os índios recebiam “[...] ‘noções de instrução militar, instrução policial e instrução especializada, relacionada com ordem-unida, educação moral e cívica, equitação, ataque e defesa, armamento e tiro’, dentre outros tópicos.” (VALENTE, 2017, p. 73 – 74). Desta forma, os militares transformavam os índios em “soldados brancos”, capazes de praticar as políticas de torturas perpetradas pelo Governo Ditatorial.

¹ “[...] manteve silenciosamente em Minas Gerais dois centros para a detenção de índios considerados “infratores”. Para lá foram levados mais de cem indivíduos de dezenas de etnias, oriundos de ao menos 11 estados das cinco regiões do país. O Reformatório Krenak, em Resplendor (MG), e a Fazenda Guarani, em Carmésia (MG), eram geridos e vigiados por policiais militares. Sobre eles recaem diversas denúncias de violações de direitos humanos.” (CAMPOS, 2013).

² “Queirós Campos pôs em prática uma controversa Guarda Rural Indígena, a Grin. Em seguida, abriu espaço para a abertura de um ‘reformatório’ indígena, um eufemismo para prisão, denominada Krenak, em Resplendor (MG).” (VALENTE, 2017, p. 73).

Figura 01: Componentes da GRIN carregando outra pessoa no pau-de-arara (tortura utilizada na Ditadura Civil-Militar) durante uma parada militar que formou 84 indígenas como guardas no ano de 1970.



Fonte: Brasil de Fato, 2018, s. p.

Entretanto, esta política de militarização alterou o processo de disciplina³ indígena. As práticas desempenhadas naquele momento, tornavam aqueles índios diferentes dos demais, haja vista que, as culturas originais que recebiam em suas tribos, acabavam sendo deixadas de lado. Começou a existir também, a interferência daqueles silvícolas que compunham a GRIN no comando das aldeias, por meio da desobediência destes, perante os caciques e pajés.

³ “Até poucos meses, jovens eram trazidos das tribos para Crenaque a fim de serem preparados para a ‘Guarda Indígena’, que teria o objetivo de proteger as comunidades indígenas. Mas, instruídos por policiais de acordo com a mentalidade policial do regime, os resultados têm sido os piores possíveis. Armados e fardados os jovens voltam prepotentes às aldeias, contestam a autoridade dos chefes, prendem espancam e exploram seus irmãos. Julgam que os outros índios têm de trabalhar para eles. Enfim, estabelecem o terror, criando um clima favorável às manobras da FUNAI.” (AEPPA, 1974, p. 29).

O treinamento⁴ com o posterior funcionamento da GRIN, foi marcado pelos diversos casos de violações⁵ por parte dos guardas indígenas, contra “civilizados” ou até mesmo contra os próprios índios de suas tribos, ou de tribos diferentes. Como bem destaca, Valente:

Não demoraram, porém, a aparecer as primeiras denúncias de ‘espancamento, arbitrariedades e insubordinação’ cometidos pela Grin. Em Goiás, um ‘caboclo residente nas proximidades do Araguaia’ se disse alvo de ‘arbitrariedades’; em Minas Gerais, ‘um vaqueiro da Funai [...] reagiu à prisão e lutou contra os grins, ficando ferido juntamente com alguns membros da guarda’. Mais tarde veio a informação de que o vaqueiro fora ‘preso, espancado e terminou em um hospital’ porque dera uma festa de aniversário na qual um Karajá, convidado, acabou bebendo aguardente. Surgiu ainda a denúncia de que ‘um velho pescador’ da ilha do Bananal foi obrigado ‘a andar cinco quilômetros até uma cadeia, sob bordoadas’ depois que os guardas encontraram em sua canoa uma garrafa de aguardente, para consumo próprio (VALENTE, 2017, p. 74).

Destarte, assim como o “Reformatório Krenak”, a milícia da GRIN permaneceu ativa até os últimos anos de 1970. Seus malefícios, contudo, alastraram-se por longos tempos na vida dos povos indígenas, em vista da decorrência de uma política estatal de repressão, que afetou tribos inteiras durante a Ditadura Civil-Militar, corroborando aos vastos casos de violações, que ocorreram naqueles sombrios e impetuosos tempos.

De maneira geral, a população indígena nesta época, vivia sob o regime de escravidão⁶, sendo gravemente desrespeitadas as condições de pessoa humana, sem o mínimo de proteção ou amparo, pois naquele período, homens, mulheres e até mesmo crianças, serviam apenas como uma espécie de animais de carga para desgastantes e árduos trabalhos braçais. O regime escravocrata e a usurpação do

⁴ “No ano de 2012 surgiu a evidência de que, no treinamento, os índios também recebiam aula de tortura física. Imagens feitas pelo documentarista Jesco von Puttkamer de 5 de fevereiro de 1970 mostram dois índios da Grin carregando, durante uma parada militar, um índio pendurado em um pau de arara, tortura muito usada pela repressão para destruir a resistência física de militares da esquerda armada nas cidades. O desfile ocorreu na presença do então ministro do Interior, José Costa Cavalcanti, e de Queirós Campos, entre outras autoridades. A solenidade marcou a formatura da primeira turma de noventa soldados da Grin. Eles marcharam e fizeram o juramento à bandeira com a mão direita estendida. Vestiam fardas ‘com calças verdes, iguais à do Exército, camisa amarelo-laranja, boné bico de pato e botinas pretas’.” (VALENTE, 2017, 74).

⁵ “Outro problema foi que a Grin passou a controlar a saída dos índios para núcleos urbanos, tolhendo a liberdade de todos na área. Em 1973, já se discutia a desativação da guarda.” (VALENTE, 2017, p. 74).

⁶ “Segundo os registros oficiais, alguns índios permaneceram por mais de três anos e havia indivíduos sobre os quais desconhecia-se até o suposto delito. ‘Não sabemos a causa real que motivou o seu encaminhamento, uma vez que não recebemos o relatório de origem’, escreve o cabo Vicente, ao escritório central da Ajudância Minas-Bahia da Funai, a respeito de um xavante, considerado de bom comportamento, que lá estava há mais de cinco meses.” (CAMPOS, 2013).

produto do trabalho eram formas de exploração por fazendeiros⁷, inclusive pela polícia militar, conforme relato dos índios⁸ Maria Benedita dos Santos, o índio Tracu (Zezão), Manelão Pankararu, respectivamente (RODRIGUES, 2014):

A gente trabalhava feito burro, passava necessidade. [...] a polícia entrou, veio fazer os treinamentos dela aqui, a mando do governo. Essa rua toda era polícia. O treinamento militar era feito à noite. “Vocês não saiam a noite”, era a ordem. A gente ficava quietinho dentro de casa. A Polícia Militar maltratou muito o krenak, [...] Sebastiana, [...], por causa de uma dose de pinga ficou presa oito anos. [...] Valdemar Dias [...] chegou a ser amarrado pela cintura com uma corda e foi puxado por cavalo, porque depois do trabalho forçado foi pescar no Rio Doce. “Meu coração até dói. Os mais velhos têm desgosto, vergonha e tristeza do que passaram”. Ele conta que sua mãe, de 111 anos, não mora mais na aldeia, mas quando vem, chora sozinha na beira do rio. “Fiquei preso uns doze anos aqui. A Polícia batia⁹ tanto nos krenak que era preciso banhar com água e sal depois”. [...]. [...] plantou mandioca e cana, sem ganhar um real. “Se brincasse, o pagamento era o couro na cacunda.” (RODRIGUES, 2014).

Não obstante, vivendo sob condições deploráveis de saúde¹⁰, higiene, educação¹¹ e alimentação¹² na aldeia Nambiquara, entre doenças¹³ e desnutrição¹⁴, os índios apenas comiam ocasionalmente algum arroz de um fazendeiro que queria que eles trabalhassem, as mulheres indesejavam a gravidez, em razão do temor de um aborto espontâneo, diante de trabalhos árduos que tinham de fazer ou, ainda, o

⁷ “[...] uma espécie de chefe local que os mantinha mais ou menos em um estado de completa dependência, dando algum arroz de tempos em tempos e ocasionalmente alguma roupa.” (CHADE, 2016).

⁸ “As tristes lembranças desse período estão ainda na memória dos antigos, os ‘troncos velhos’, das Terras Indígenas (TI) Guarani, em Carmésia, e Krenak, em Resplendor. [...]. A colônia penal Guarani aprisionou em Carmésia índios considerados ‘delinquentes’ e grupos que lutavam por suas terras. Era uma continuação da experiência de confinamento de índios incrementada em 1968 com a instalação do Reformatório Krenak, em Resplendor. [...]. Em Minas, segundo foi apurado pela Comissão da Verdade, “as agressões foram cometidas por policiais militares”, disse Duarte.” (RODRIGUES, 2014).

⁹ “Surras com chicotes e o confinamento em solitária eram outros castigos aplicado.” (CAMPOS, 2013).

¹⁰ “No dia 27, a visita a uma aldeia Kanayurá encontrou uma população “muito pobre”, com a presença de bronquite, casas “muito dilapidadas” e mulheres e crianças “magras e fracas.” (CHADE, 2016).

¹¹ “Se comunicar em língua indígena, diz o ex-presidiário João Bugre, era terminantemente proibido. “Você era repreendido, pois os guardas achavam que a gente estava falando deles”, lembra. Situação ainda mais difícil para aqueles que não sabiam português. “Tinha que aprender na marra. Ou falava, ou apanhava.” (CAMPOS, 2013).

¹² “No posto da Funai de Mãe Maria, uma hora de Marabá, um outro grupo de 46 índios tinha apenas farinha para comer” (CHADE, 2016). “No posto da Funai de Mãe Maria, uma hora de Marabá, um outro grupo de 46 índios tinha apenas farinha para comer. “Esses índios estavam no estado mais deplorável que encontramos em termos de saúde”, disse o informe. “Homens e mulheres estavam muito doentes”, contou, apontando que eles haviam sido transferidos de suas terras diante da construção da rodovia Belém-Brasília.” (CHADE, 2016).

¹³ “Em agosto, um grupo Kayapó Xikrin, uma hora de Marabá, constatou que, alguns anos antes, uma epidemia de pólio matou um terço da aldeia, com cerca de 50 vítimas” (CHADE, 2016). “No dia 17 de maio de 1970, o diário da viagem dos delegados conta como na aldeia Santa Isabel, com 250 índios Carajás, a malária tracoma e gastroenterite dominavam o local. Mas o destaque foi o “baixo padrão de higiene, agravado pela presença de muitos cachorros que poderiam ser fonte de tuberculose”. No dia seguinte, a duas horas dali em barco, uma outra aldeia foi descrita como tendo um “padrão muito baixo de higiene, pessoas e local sujos” e uma epidemia de influenza, pneumonia combinada com malária e tuberculose. “Essa aldeia Carajás deu a impressão de estar totalmente negligenciada e apática.” (CHADE, 2016).

¹⁴ “Bororo no Mato Grosso, a delegação deparou com uma situação de “extrema pobreza”, anemia severa e com 15% da população sofrendo com tuberculose. “A tribo está rapidamente em declínio em números por conta das doenças, alimentação inadequada e completa ausência de ajuda médica”, alertou. “A falta de ajuda vai logo levar à extinção dos Bororós”, indicou a delegação.” (CHADE, 2016).

medo de famílias não terem como garantir a sobrevivência da nova geração. Como resultado, tem-se a estagnação na população da aldeia.

A partir o Golpe de 1964, estas terríveis práticas se tornaram ainda mais constantes. Casos de expulsão e desapropriação, também marcaram aquele período dos “Anos de Chumbo”.

A comum prática de violadora¹⁵ de expulsão, instituída sob a égide do Governo Ditatorial¹⁶, também ocorreu de forma repugnante contra a sociedade indígena Guarani, na época da construção da Usina de Itaipu. Quando os índios não aceitavam a retirada de seu território, os “[...] funcionários colocavam fogo em ocas de índios guarani que viviam na região de Foz do Iguaçu, no Paraná, para expulsá-los do local” (THE INTERCEPT BRASIL, 2018, s. p.).

Figura 02: Funcionários da Usina de Itaipu comemoram incêndio de casas e expulsão de índios (BR – 230).



Fonte: The Intercept_Brasil, 2018, s. p.

¹⁵ “Essas graves violações resultaram em mortes, torturas, detenções abusivas, cárcere privado, expropriação de terras e trabalho escravo que se estenderam da década de 1940 à década de 1980, período que em parte coincide com a construção da Hidroelétrica de Itaipu que inundou milhares de hectares de terras cultivadas, e terras originariamente ocupadas por indígenas.” (COMISSÃO ESTADUAL DA VERDADE – PR – TERESA URBAN, 2014, p. 35).

¹⁶ “A atuação da Itaipu durante a ditadura militar teria o aval do Incra e da Fundação Nacional do Índio, a Funai. Os três órgãos, neste período, eram comandados por militares do alto escalão. ‘A maioria da diretoria de Itaipu era ligada ao SNI [Serviço Nacional de Informações], o órgão de inteligência do regime’, diz o promotor Olympio de Sá Sotto Mayor, coordenador da Comissão da Verdade do Paraná. A Funai, inclusive, dispunha de ‘certidões negativas’ que indicavam a inexistência de índios no local das inundações.” (THE INTERCEPT BRASIL, 2018, s. p.).

Sem que houvesse qualquer espécie de proibição, o próprio Governo Militar, além de expulsar os silvícolas, continuava fazendo as falsas demarcações, que na verdade, só beneficiavam os próprios militares e seus parceiros, também continuou com a concessão de títulos de propriedades indígenas para os “amigos do Regime”, qual fossem, os colonos da época Ditatorial. Desta vez, além das terras que ainda não haviam sido demarcadas, o draconiano Governo, liderado pelo ex-presidente Castello Branco, começou a fazer pactos com os Estados brasileiros, e retirar os territórios dos povos indígenas.

Um marcante caso ocorreu junto ao Estado do Mato Grosso no ano¹⁷ de 1966, contando com o sórdido trabalho de seu governador, Pedro Pedrossian, e do general e ex-governador do Paraná e na época, Ministro da Agricultura, Ney Braga, quando juntos, fizeram com que a terra indígena dos Bororo, que anos antes havia sido demarcada com o auxílio do Marechal Cândido Rondon, sofresse um descalabro sem precedentes. Sobre este acontecimento, relata Valente:

De fato, o acordo entre governo e ministério, que ganhou a eufemística denominação de “convênio” [...]. Com uma só canetada, os índios perderam mais da metade de suas terras em troca de migalhas e promessas. O termo do “convênio” saiu publicado no Diário Oficial de Mato Grosso com os nomes de Braga e Pedrossian em 20 de julho de 1966. Rapidamente, em agosto, a Assembleia Legislativa de Mato Grosso decretou, e o governador sancionou, a ratificação do “convênio”, ao mesmo tempo que tornou definitivos todos os títulos de propriedade rural expedidos pelo estado e que incidiram na terra dos Bororo. O acordo também teve a chancela do Tribunal de Contas da União, em Brasília. O que a carta de Pedrossian e os termos do convênio não deixaram claro é que na verdade a área já estava invadida por colonos e com o apoio declarado do governo estadual, que emitia títulos que incidiam sobre os direitos dos índios. O acordo entre estado e ministério, portanto, procurava acomodar juridicamente um fato consumado e ilegal (VALENTE, 2017, p. 35).

Outrossim, o Regime Militar estabeleceu massiva violação em relação ao território indígena, pois incontáveis tribos deixaram de ter o direito à terra, dado ao corrupto sistema de “esbulho legalizado” que acabou sendo praticado. Como consequência deste profundo impacto na vida dos chamados silvícolas, povos inteiros acabavam sendo expropriados¹⁸ de onde viviam, na maioria das vezes, com a prática

¹⁷ “Desde o ano anterior o SPI local vinha alertando a direção do órgão sobre a invasão na terra bororo. Depois de passar quatro dias percorrendo os postos indígenas da área, uma comissão do SPI ‘constatou a veracidade da ocupação das terras, em grande atividade’ de invasores. A comissão calculou um total de mais de 70 mil hectares em títulos já emitidos pelo governo do estado na região, boa parte dos quais incidindo sobre a área indígena.” (VALENTE, 2017, p. 35).

¹⁸ “O mais comum no processo de expropriação territorial que atingiu os indígenas do sul de MS foi a transferência compulsória dos grupos para dentro das oito pequenas reservas previamente criadas ou a simples expulsão desses grupos das áreas colonizadas, em ações violentas, envolvendo práticas

da violência, que se tornou um meio constantemente utilizado pelos militares. A expulsão¹⁹ dos índios era vista como algo necessário para que as terras fossem desocupadas, e o avanço do agronegócio e do latifúndio fosse realizado. Neste contexto, os povos indígenas brasileiros eram considerados empecilhos²⁰ ao Governo Ditatorial, o que fez crescer a prática da expulsão de suas terras.

Foi no mês de dezembro do ano de 1966 que o citado ex-presidente, reuniu na capital do Estado do Pará, grande parte de seus aliados, além de empresários e industriais “ [...] para anunciar a ‘Operação Amazônia’, um conjunto de medidas²¹ que pretendia criar ‘condições de povoamento’ da região, que se tornou nada menos que ‘um imperativo da própria segurança nacional’ ” (VALENTE, 2017, p. 25).

Aliando a ideia de “ocupação²² da Amazônia”, já no Governo do ex-presidente Médici, aproveitou-se o momento para avançar as obras²³ na construção de rodovias pelo país, e também para implantar um modelo de integração²⁴ entre o índio para com o restante da sociedade. Em razão disso, surgiu uma das principais obras do Regime Militar: a Transamazônica (BR – 230). Conforme relata a Comissão Nacional da Verdade:

O Plano de Integração Nacional (PIN), editado em 1970, preconiza o estímulo à ocupação da Amazônia. A Amazônia é representada como um vazio

como queima de casas, espacamentos e mesmo assassinatos.” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 214).

¹⁹ “O que se notará ao longo das próximas seções é que os processos de expulsão e remoção dos indígenas de seus territórios foram, ao longo do período em exame, a força motriz para todas as graves violações de direitos humanos cometidas contra povos indígenas. Em quase todos os casos, não apenas uma, mas múltiplas violações ocorreram contra um mesmo povo.” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 221).

²⁰ “Oficialmente, os índios não contavam. Era um empecilho. A atitude oficial a respeito dos índios era dos quinhentos anos. Acontece que as ‘marchas para o oeste’ trouxeram o latifúndio e o agronegócio. Então, se opor ao agronegócio e ao latifúndio era se opor à política oficial. E não defender a causa dos índios era negar o problema deles. [...]. Os índios eram normalmente deixados de lado. Mas, com a chegada do latifúndio financiado pelos incentivos oficiais, eles passaram a ser um empecilho. E tem sido essa a batalha de todos os séculos do colonialismo até hoje.” (VALENTE, 2017, p. 231 – 232).

²¹ “Da série de medidas anunciadas, três se destacavam: a criação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) em substituição à Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), abertura de linhas de financiamento nas áreas de agropecuária e serviços e formação de um Fundo de Valorização Econômica da Amazônia mantido com receitas tributárias da União, estados e municípios.” (VALENTE, 2017, p. 25).

²² “Após o golpe de 1964, os militares retomaram antigas ideias de ‘ocupação’ da Amazônia, muitas vezes, sem deixar claro qual seria o papel do índio nesse cenário.” (VALENTE, 2017, p. 25).

²³ “A mais famosa dessas obras – a construção da Transamazônica [...] uma estrada gigantesca, com 4997 quilômetros previstos no projeto, 4223 quilômetros (mal) construídos, e a pretensão de cortar a Bacia Amazônica de leste a oeste e ligar a Região Nordeste ao Peru e ao Equador.” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 454).

²⁴ “Os militares tinham um projeto de desenvolvimento em grande escala, pretendiam realizar a integração completa do território nacional, e o Brasil se transformou num imenso canteiro de obras verde-oliva [...].” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 454).

populacional, ignorando assim a existência de povos indígenas na região. A ideia de integração se apoia em abertura de estradas, particularmente a Transamazônica e a BR 163, de Cuiabá a Santarém, além das BR 174, 210 e 374. A meta era assentar umas 100 mil famílias ao longo das estradas, em mais de 2 milhões de quilômetros quadrados de terras expropriadas. Na época, o ministro do Interior era o militar e político José Costa Cavalcanti, um dos signatários do AI-5, que ficaria no cargo de 1969 até 1974, apoiado por Costa e Silva (a quem ajudara a ascender a presidente) e por Médici. Costa Cavalcanti ele próprio declara que a Transamazônica cortaria terras de 29 etnias indígenas, sendo 11 grupos isolados e nove de contato intermitente – acarretando em remoções forçadas. Para a consecução de tal programa, a Funai, então dirigida pelo general Bandeira de Mello, firmou um convênio com a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) para a “pacificação de 30 grupos indígenas arredios” e se tornou a executora de uma política de contato, atração e remoção de índios de seus territórios em benefício das estradas e da colonização pretendida (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 209).

Figura 03: Transamazônica (BR – 230).



Fonte: Marca.com, 2018, s. p.

A partir do Ato Institucional n.º 05, emitido pelo ex-presidente Costa e Silva – que deu lugar ao ex-presidente Médici – a rigidez com que foram tratados os índios no período da Ditadura Civil-Militar se tornou evidente. A ideia era ocupar a região da Amazônia, pois era considerada um vazio populacional, sendo ignorada a existência dos povos indígenas naquele lugar. Entretanto, a construção²⁵ da rodovia

²⁵ “A construção da Transamazônica começou em outubro de 1970. Há registro do descerramento da placa do início da obra em Altamira, no Pará, pelo então presidente Emílio Garrastazu Médici com o seguinte teor: “Nestas margens do Xingu, em plena selva Amazônica, o senhor Presidente da República dá início à construção da Transamazônica, numa arrancada histórica para a conquista deste gigantesco

Transamazônica²⁶ foi usada para um ganancioso “[...] programa de colonização que incluía o deslocamento de quase 1 milhão de pessoas com o objetivo de ocupar estrategicamente a região, não deixar despovoado nenhum espaço do território nacional e tamponar a área de fronteiras” (SCHARCZ; STARLING, 2015, p. 454).

Ocorre que, essa utópica integração, de fato, nunca ocorreu. Naquele sombrio período, o que ocorria na verdade, de modo incessante, eram demarcações fraudulentas, seguidas por esbulhos das terras de povos indígenas, pois conforme “[...] a Transamazônica ia avançando, os responsáveis iam matando índios e em seu lugar, colocando bois” (VALENTE, 2017, p. 225).

Assim, uma das mais agressivas ideias foi implantada para coibir qualquer pretensão ao direito dos povos indígenas. Visto que um dos pensamentos repressivos era que naquele período a Amazônia era uma espécie de “lugar vazio”, ou seja, os índios da época eram concretamente desconsiderados, no que tange a sua existência.

Com esses acontecimentos, remoções foram feitas forçadamente, com o único intuito de não prejudicar as obras de infraestrutura, bem como, aumentar a área para a implantação de projetos agroindustriais, pois essa era a única preocupação existente, sendo deixado de lado, outrossim, os direitos dos índios que ali viviam.

Outra característica sistemática das violações cometidas contra indígenas no período em questão reside no fato de que, ainda que tenham se dirigido a indivíduos, tiveram como alvos povos como um todo e enquanto tais. Liberar terras para fins de colonização ou para a construção de obras de infraestrutura levou não só a tentativa de negação formal da existência de certos povos indígenas, em determinadas regiões, mas também a meios de tornar esse apagamento realidade (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, p. 203).

Os projetos de construção de estradas e rodovias, a exploração das riquezas naturais e/ou o desenvolvimento do agronegócio, fez com que a prática de contato com os índios se realizasse de forma descontrolada. Indefesos e com pouca ou

“mundo verde”. Para o MPF, já no seu primeiro passo a obra liderada pelos militares dá sinais do descompromisso com os povos que já habitavam a região. “O teor do discurso demonstra a perspectiva de ‘conquista’ e ocupação de um território ‘verde’, em nome de uma arrancada histórica para o ‘progresso’”, diz trecho da ação. O procurador da República Julio Araujo afirmou que as populações tradicionais são desprezadas desde a época do Brasil colonial. “Foram várias formas de violação, até mesmo as táticas de pacificação, provocaram essa desestruturação. A ditadura não adotou métodos diferentes. Em nome do desenvolvimento, se aprofundou a violação. Dentro dessa concepção, não considerou a diferença e os indígenas acabaram sendo um empecilho ao progresso e à conquista da região”, declarou o procurador Julio Araujo.” (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2014, s.p.).

²⁶ “A construção Transamazônica massacrou a floresta, consumiu bilhões de dólares, e até hoje a estrada tem trechos intransitáveis por conta das chuvas, dos desmoronamentos e das enchentes dos rios.” (SCHARCZ; STARLING, 2015, p. 454).

nenhuma imunidade a doenças até então desconhecidas, os povos silvícolas acabaram sendo vítimas mortais de extinção, por meio das epidemias de gripe, sarampo, malária ou algum outro tipo de moléstia contagiosa.

Destarte, se tornaram quase que inumeráveis as sociedades indígenas que sofreram com a prática destes contatos. Uma destas, foi a tribo Parakanã, que no começo da Ditadura Civil-Militar, tinha cerca de 200 pessoas, e ao término do primeiro ano de contato, no final dos anos 1970, acabou com 92 pessoas. Naquele período, foi implantado pela FUNAI, o Projeto Parakanã, onde os antropólogos Noraldino Vieira Cruvinel, e Antonio Carlos Magalhães Lourenço dos Santos, conduziram as aproximações com este povo.

Entretanto, por decorrência de contatos mal planejados anteriormente, as epidemias acabaram assolando a sociedade dos Parakanã²⁷. Conforme relatou-se na época:

[...] pode-se observar que em pouco mais de um ano de contato efetivo, os Parakanã sofreram uma drástica redução populacional na ordem de 54 %, resultante de 108 mortes. Magalhães ainda informou que um médico de Belém, ao visita-los encontrou 35 mulheres [indígenas] e dois funcionários daquele órgão contaminados com doenças venéreas. Tal situação concorreu para que oito crianças nascessem com cegueira parcial, provocada por conjuntivite blenorragica, além da contaminação em duas mulheres adultas (VALENTE, 2017, p. 102).

Dentre as epidemias trazidas pela política de contato, que vitimaram inúmeros Parakanã, uma delas foi a conjuntivite²⁸, que acabou deixando cegas algumas pessoas da tribo. A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) até tentava combater a doença, porém, quase que na totalidade das vezes, de maneira ineficaz. Segundo relatou o sertanista Carvalho a tentativa de tratamento se dava“ [...] apenas com colírio e pomada – ‘a gente coloca uma vez, melhora um pouquinho, não fica curado’ –, transformava os olhos em ‘uma posta de sangue’ ” (VALENTE, 2017, p. 104).

²⁷ “Em 1976, os Parakanã sofreram outro impacto. Logo após a conclusão das obras da Transamazônica na região, por volta de 1973, o governo começou a pôr em prática o projeto da hidrelétrica de Tucuruí. Em 1976, houve contato com outro grupo parakanã, perto do rio Anapu, nas proximidades de Altamira. Eles foram transferidos para ‘a reserva parakanã’ e também sofreram contaminação. ‘Segundo apuramos junto a esta comunidade, os índios não estavam contaminados e só posteriormente ao encontro com os funcionários da Funai é que a malária foi disseminada entre eles.’” (VALENTE, 2017, p. 103).

²⁸ “[...] uma Parakanã doente, idosa, que pediu à neta, de mais ou menos seis anos, que fizesse uma ponta fina em um talo de babaçu para, com isso, tentar retirar aquilo que a incomodava nos olhos. ‘Ela dizia ‘é espinho que tem nos meus olhos’. Aí levou para o mato, não teve o tratamento necessário e os olhos estouraram’ ” (VALENTE, 2017, p. 104).

Como resultado das políticas públicas do Estado, apontou o Relatório da Comissão Nacional da Verdade que foram ao menos “[...] 8350 índios mortos durante a ditadura militar, destacando que se tratava de um levantamento parcial, que não conseguiu levar em consideração todos os povos afetados” (COMISSÃO DA VERDADE DE SÃO PAULO, 2014, p. 01). Assim, toda a violência sofrida por estes povos ficou até certo tempo esquecida por grande parte da população e do Governo.

Destarte, cuidar da memória deste povo, e de certo modo, trazer à tona alguns dos numerosos fatos ocorridos, faz com que sejam resgatados a história daqueles que sofreram impiedosamente sem nenhum motivo ou culpa justificável²⁹.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a Ditadura Civil-Militar brasileira o cenário político-social era deplorável, onde normas e garantias constitucionais e fundamentais foram corrompidas de maneira brutal e disforme. Disforme no sentido de violar normas e premissas fundamentais de proteção aos direitos individuais e coletivos e, principalmente, o desrespeito e violações aos direitos humanos.

Importa-se destacar que fatos como estes aqui citados, deixaram de ocorrer, porém, outras novas formas de violação a estes direitos surgiram, e ainda fazem tribos indígenas serem oprimidas e deixadas à margem de nossa sociedade.

Assim, a pesquisa realizada demonstra que a verdade histórica brasileira deve ser buscada para a efetivação da memória como forma de conhecer, reconhecer e conscientizar as presentes e as futuras gerações como meio de se fazer justiça.

²⁹ “Para a pedagoga Geralda Soares, ex-integrante do Conselho Indigenista Missionário em Minas Gerais (Cimi/MG), é fundamental reparar a dívida com os indígenas vítimas de violências no período – que, acredita ela, não difere daquela reconhecida como direito de outros grupos que sofreram nos porões da ditadura. “Muitos desses índios, na minha concepção, são presos políticos. Na verdade, eles estavam em uma luta justa, lutando pela terra”, defende. Não existe, no Brasil, nenhum indivíduo ou comunidade indígena indenizado pelos crimes cometidos pelo Estado nessas áreas de confinamento.” (CAMPOS, 2013).

REFERÊNCIAS

AEPPA. A política de genocídio contra os índios do Brasil. Associação de ex-presos políticos antifascistas, 1974.

ARAÚJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sergio. Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988. Disponível em: <<http://laced/etc.br/site/arquivos/02-Alem-da-tutela.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

BRASIL DE FATO. Ditadura militar: a terrível violência contra os índios em MG, 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/01/16/ditadura-militar-a-terrivel-violencia-contra-os-indios-em-mg/>>. Acesso em: 02 Set. 2018.

CAMPOS, André. Ditadura criou cadeias para índios com trabalhos forçados e torturas. Disponível em: <http://apublica.org/2013/06/ditadura-criou-cadeias-para-indios-trabalhos-forcados-torturas/>. Acesso em: 07 Set. 2021.

CHADE, Jamil. Documentos da Cruz Vermelha revelam massacre de indígenas na ditadura. Disponível em: <http://apublica.org/2016/10/documentos-da-cruz-vermelha-revelam-massacre-de-indigenas-na-ditadura/>. Acesso em: 07 Set. 2021.

COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Violações aos Direitos dos Povos Indígenas. Tomo I - Parte II. Disponível em: http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/downloads/I_Parte_2_Violacoes-aos-direitos-dos-povos-indigenas.pdf Acesso em: 07 Set. 2021.

COMISSÃO ESTADUAL DA VERDADE – PR – TERESA URBAN. Relatório Final, 2014.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 06 Set. 2021.

INSTITUTO HUMANISTAS UNISINOS. Após 50 anos, Golpe Militar deixou marcas na Amazônia, 2014. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/529647-apos-50-anos-golpe-militar-deixou-marcas-na-amazonia>>. Acesso em: 19 Jul. 2018.

MARCA.COM. Transamazónica: la carretera más solitaria del planeta. Espanha, 2018. Disponível em: <<http://www.marca.com/motor/ocio/2018/01/08/5a53401e46163f46208b4583.html>>. Acesso em: 06 Set. 2021.

RODRIGUES, Ricardo. Comissão traz à tona violência contra índios em Minas na ditadura. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/primeiro-plano/pol%C3%ADtica/comiss%C3%A3o-traz-%C3%A0-tona-viol%C3%A3ncia-contra-%C3%ADndios-em-minas-na-ditadura-1.243390>. Acesso em: 07 Set. 2021.

SCHWCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. Brasil: uma biografia. 1ª Ed. São Paulo/SP. Editora Companhia das Letras, 2015.

THE INTERCEP_BRASIL. Fotos inéditas: Funcionários de Itaipu comemoram incêndio em casas de indígenas. Rio de Janeiro/RJ, 2018. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/06/12/fotos-funcionarios-itaipu-incendio-indigenas/>>. Acesso em: 07 Set. 2021.

VALENTE, Rubens. Os fuzis e as flechas: A história de sangue e resistência indígenas

na ditadura. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

CAPÍTULO 18

ANÁLISE COMPARATIVA DO CONTRATO DE PARCERIA RURAL E DO CONTRATO DE EMPREGO, SOB A VISÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Luís Roberto Fonseca Ferrão

Mestre em Direito pela Unimar. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Unirp. Advogado de Carreira do Banco do Brasil. Ex-Procurador da Fazenda Nacional em Comissão.

E-mail: luis.ferrao@terra.com.br

Luciana Rossete Fonseca Ferrão

Mariana Rossete Ferrão

Resumo: O contrato de parceria rural e o contrato de emprego são duas espécies distintas de utilização de mão-de-obra no meio rural, visando a realização de atividade econômica, para a geração de riquezas. Os principais requisitos do contrato de parceria rural são: a) forma escrita, preferencialmente; b) prazo mínimo de três anos, preferencialmente; c) partilha da produção mínima, estabelecida legalmente; d) direitos e obrigações de cada uma das partes; e) investimentos em bens e benfeitorias de cada uma das partes; f) cessão de um bem imóvel rústico. Os principais requisitos do contrato de emprego são: a) trabalho rural prestado por pessoa física; b) pessoalidade na prestação dos serviços do trabalhador rural; c) trabalho não eventual, de caráter permanente; d) subordinação na prestação dos serviços rurais; e) onerosidade na relação de emprego rural, mediante remuneração. Com a utilização do método dedutivo, neste estudo apontaram-se as principais diferenças entre o contrato de parceria rural e o contrato de emprego, principalmente sobre a questão da pessoalidade e da subordinação. Isto porque, esses requisitos da pessoalidade e da subordinação, estão presentes no contrato de emprego, mas não estão presentes no contrato de parceria rural, sob pena de descaracterização desta última modalidade contratual para a primeira. Desta forma, a distinção entre ambos os institutos jurídicos levou numa melhor compreensão da relação de trabalho entre as partes contratantes. Além disso, sob um ponto de vista econômico, tanto o contrato de parceria rural, quanto o contrato de emprego, guardadas as diferenças de cada um, são instrumentos de geração de riquezas.

Palavras-chave: Contrato de emprego rural; Contrato de parceria rural; Relação de trabalho rural.

Abstract: The contract of rural partnership and the contract of employment are two different kinds of the use of labor in the rural environment, aiming at the performance of an economic activity to foster wealth. The main requirements for the contract of rural partnership are: a) written agreement, preferably; b) at least a three-year fixed term agreement, preferably; c) sharing of minimum production, legally established; d) rights and obligations of each associate; e) investment in assets and improvements from each associate; f) cession of a rural estate. The main requirements for the contract of employment are: a) rural labor performed by an individual; b) individual nature of the performing the rural labor; c) permanent labor, not temporary one; d) subordination at

performing rural labor; e) onerosity related to rural labor, being paid for. Having used the deductive method, this study presents the main differences between the contract of rural partnership and the contract of employment, especially about individual nature and subordination. This is because these requirements of individual nature and subordination are in the contract of employment only, and not in the contract of rural partnership, otherwise the latter would lose its characteristics to the former. Thus, the distinction between these two legal institutions has shown a better understanding of the work relation between the contracting parties. Besides, under the economic point of view, both the contract of rural partnership and the contract of employment, preserving their differences, are wealth-generating tools.

Keywords: Contract of rural job; Contract of rural partnership; Rural job.

1. INTRODUÇÃO

Uma questão atual do chamado risco trabalhista é a distinção e a aplicação do contrato de parceria rural, ao invés do contrato de emprego rural, e vice-versa.

Tal diferença é importante na prática, pois os Tribunais poderão descharacterizar uma modalidade contratual para a outra, implicando consequências jurídicas e econômicas para o empresário rural, pessoa física ou pessoa jurídica.

No Direito Romano existiam duas figuras jurídicas da relação de trabalho: a *locatio operis* e a *locatio operarum*.

A *locatio operarum* era a relação de trabalho pactuada, cujo objetivo era o resultado final alcançado pelas partes, assemelhando-se atualmente ao contrato de empreitada. A *locatio operarum* era a figura jurídica em que mais importava a locação da mão-de-obra, isto é, os serviços prestados, assemelhando-se atualmente à locação de serviços.

Com a evolução da humanidade e o advento do capitalismo, passando-se pelos feudos da Idade Média, pela Revolução Industrial, pela Revolução Francesa, Idade Moderna, e atualmente na chamada Pós-Modernidade, consolidou-se uma estrutura jurídica de um ramo independente - o Direito do Trabalho.

Evoluiu-se a figura jurídica da relação de trabalho, assim considerada toda aquela em que o ser humano vende sua força física ou intelectual, em troca de uma remuneração pelos serviços prestados.

Desta forma, a relação de trabalho é um gênero do qual é espécie a relação empregatícia, atualmente um dos mais importantes fenômenos jurídicos e sociais da humanidade.

Por sua vez, o contrato de parceria rural também é uma das espécies da relação de trabalho, ocorrendo a locação da mão-de-obra no meio rural, sem que se caracterize a relação empregatícia.

A diferença entre a relação de emprego e o contrato de parceria rural, será objeto de análise jurídica no presente estudo de tais institutos, num estudo comparativo, passando pela estrutura jurídica, alcançando aspectos de ordem econômica e social. O resultado final dessa relação de trabalho consiste na geração de riquezas, com o desenvolvimento da economia rural, sob a luz do artigo 170, da Constituição Federal de 1988.

2. DO CONTRATO DE PARCERIA RURAL

Neste ponto os princípios contratuais devem ser elencados para a análise do contrato de parceria rural. A sabedoria jurídica indica que não existem classificações certas ou erradas, mas úteis ou inúteis. Os princípios que serão abordados são aqueles de maior influência e relevância para a análise do fenômeno jurídico do contrato de parceria rural, não impedindo a existência de outros, de acordo com a análise de cada um.

O primeiro deles é o **princípio da autonomia da vontade**, segundo o qual as partes possuem livre vontade de celebrar contratos, devendo-se observar um justo equilíbrio, a fim de que o parceiro-outorgante não se beneficie mais do que o parceiro-outorgado.

Em seguida tem-se o **princípio da função social do contrato** no sentido de que as relações contratuais estabelecidas entre as partes, devem observar a melhor solução possível para as relações dos indivíduos em sociedade.

Na sequência o **princípio da equivalência das prestações**, segundo o qual deve existir um justo equilíbrio na partilha dos frutos do contrato de parceira rural, de maneira que tanto o parceiro-outorgante, quanto o parceiro-outorgado, recebam suas riquezas na medida justa e equilibrada, conforme a produção realizada.

Em seguida o **princípio da relatividade dos efeitos contratuais** pelo qual o contrato só produz efeito entre as partes, não ajudando, nem prejudicando terceiros, embora por um fenômeno econômico possa desencadear várias outras relações jurídicas contratuais, como por exemplo, contrato de transporte e contrato de guarda de produtos agrícolas.

Finalmente, o **princípio da boa fé objetiva dos contratos**, pelo qual as partes devem guardar entre si os deveres de honestidade e probidade na condução dos negócios jurídicos. Tal princípio é uma verdadeira regra de interpretação jurídica, obrigando ao intérprete a solução mais justa possível do contrato.

De outro lado, conforme previsão constitucional, a propriedade rural deverá atender a sua função social, podendo assim considerar-se como aquela que desenvolve sua atividade observando a finalidade de produção de riquezas, o respeito ao meio ambiente e o cumprimento das normas trabalhistas.

É importante distinguir que não se trata de analisar o lucro excessivo ou não do empresário rural, diante da descaracterização de um contrato de parceria rural, para um contrato de emprego, pois se de um lado tem-se a obrigatoriedade da função social da propriedade, do outro lado o escopo de lucro é inherente a toda e qualquer atividade empresária, sem o qual a mesma não subsiste. Neste sentido, veja-se a valiosa lição de Alessandro Santos de Mirando³⁰, *in verbis*:

“[...] O direito do trabalho, garantido pela Carta Maior, não obriga, por exemplo, às empresas a diminuírem suas margens de lucro para assegurarem mais postos de trabalho”.

Para o enquadramento no contrato de parceria rural, são necessários vários requisitos. Se não forem observados esses requisitos, ocorrerá a descaracterização do contrato de parceria rural, transformando-o em contrato de emprego, conforme o artigo 96, § 4º, do Estatuto da Terra (de acordo com a redação da Lei nº 11.443/07).

Assim, os principais requisitos do contrato de parceria rural são: a) forma escrita, preferencialmente; b) prazo mínimo de três anos, preferencialmente; c) partilha da produção mínima estabelecida legalmente; d) direito e obrigações de cada uma das partes; e) investimentos em bens e benfeitorias de cada uma das partes; f) cessão de imóvel rústico. A respeito desses requisitos do contrato de parceria rural, cita-se a doutrina de José Fernandes Lutz Coelho³¹, *in verbis*:

“[...] Diante disso, conclui-se que para a caracterização de um contrato de parceria rural se faz necessária a existência de alguns requisitos: cessão do imóvel rural; existência de parceiros e onde não existe subordinação, sendo estes independentes, a prática de atividade extrativa, agrícola ou pecuária como destinação da parceria; o eventual ganho das partes não é traduzido por salário e sim pela partilha dos eventuais lucros provenientes do sucesso da atividade desenvolvida (lucros de produção)”.

Trata-se de norma cogente, de caráter imperativo, irrenunciável pelas partes, a legislação agrária que determina as cláusulas mínimas do contrato de parceria rural, cuja não observação acarreta a descaracterização para o contrato de emprego. Veja-se a lição da doutrina de Wellington Pacheco de Barros³², *in verbis*:

“[...] A proibição de não se renunciar atinge de forma inexorável a liberdade contratual. Mas a ideia do legislador foi calcada na busca de proteção ao

³⁰ Mirando, Alessandro Santos de, *Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais*, São Paulo: LTr, 2013, p. 63.

³¹ Coelho, José Fernando Lutz, *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 188.

³² Barros, Wellington Pacheco, *Contrato de Parceria Rural*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 108.

homem que só dispõe de seu trabalho como fator de contraprestação contratual. Entendendo que essa vontade se subsumia na vontade do arrendador ou parceiro-outorgante e que poderia procurar retirar alguns direitos e vantagens estatuídos na lei, o legislador chamou para si essa proteção com o claro intuito de fazer justiça social. E impôs como sanção a renúncia de direito e vantagens à nulidade absoluta de tal cláusula. Noura visão, tem-se aqui o princípio soberano das regras de ordem pública inadmitindo qualquer modificação por regras particulares”.

Tais cláusulas contratuais são as básicas do contrato de parceria agrícola, podendo as partes convencionar outras obrigações, tais como cessão de moradia, culturas acessórias, tal como, por exemplo, o cultivo adicional de hortaliças e o plantio de feijão na entressafra.

Explica-se melhor os requisitos do contrato de parceria rural. A forma escrita é a mais usual para os contratos de parceria rural. Difícil é a comprovação da forma verbal, muito embora esta última seja possível de acontecer, desde que comprovada a sua existência no mundo dos fatos jurídicos. A doutrina de José Fernando Lutz Coelho³³ possui importante lição neste sentido, *in verbis*:

“[...] Deve-se ressaltar, que os contratos agrários, qualquer que seja o seu valor e sua forma **poderão ser provados por testemunhas** (art. 92, § 8º, do Estatuto da Terra), art. 14 do Dec. 59.566/66, não se aplicando nem mesmo o art. 401 do CPC, que limita a prova exclusivamente testemunhal nos contratos que não excede o décuplo do maior salário mínimo, ao tempo em que foram celebrados”. (negrito nosso).

O prazo mínimo é de três anos, preferencialmente. Contratos de parceria de um ano de prazo, são comuns no meio rural, todavia estes contratos não obedecem à imposição legal, podendo ser descaracterizados na justiça. Veja-se a lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado³⁴, *in verbis*:

“[...] Ao lado da possibilidade de aplicação extensiva das normas trabalhistas ao trabalhador parceiro, no que couber, a jurisprudência tem sido rigorosa na aferição do efetivo contrato civil / agrário de parceria. Desse modo, despontando traços de um direcionamento acentuado do tomador sobre o efetivo cumprimento da parceria pelo obreiro, desfaz-se o envoltório agrário / civil formulado, enquadrando-se a relação jurídica como contrato de emprego rural típico (arts. 2º e 3º, caput, Lei n. 5.889/73)”.

A partilha mínima de produção é variável de acordo com a cultura e de cada região do país. Nada impede que as partes estabeleçam uma proporção maior na partilha de produção, todavia sempre em benefício do parceiro-outorgado, sob pena

³³ Coelho, José Fernando Lutz, *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 80.

³⁴ Delgado, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008, p. 592.

dele pleitear a diferença judicialmente. Sobre esses requisitos do contrato de parceria, veja-se mais uma vez a lição da doutrina de José Fernando Lutz Coelho³⁵, *in verbis*:

“[...] No próprio Estatuto da Terra, expressamente exara a compulsoriedade de constar nos contratos de arrendamento os limites dos preços de aluguel e formas de pagamento em dinheiro ou **no seu equivalente em produtos colhidos**; prazos mínimos de locação e limites de vigência para os vários tipos de atividades agrícolas; bases para as renovações convencionais; formas de extinção ou rescisão; e, direito e formas de indenização ajustadas quanto às benfeitorias realizadas (art. 95, XI)”. (negrito nosso).

Os principais direitos e obrigações das partes devem estar muito bem esclarecidos no contrato de parceria rural, a fim de não causar problemas futuros. Mais uma das cláusulas importantes é o prazo de pagamento da partilha da produção, podendo ser semanal, quinzenal, mensal, bimestral, anual, e assim por diante, dependendo o tipo da cultura explorada. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado³⁶ sobre o assunto, *in verbis*:

“[...] Na medida em que se sabe que o salário pode ser pago em dinheiro ou parcialmente em utilidades (art. 458, CLT), pode ser pago por dia, semana, quinzena ou mês (art. 459, CLT), pode ser calculado segundo modalidade fixa ou fórmula variável de cômputo (art. 483, ‘g’, CLT), na medida em que, assim, a contraprestação econômica do empregador ao empregado pode assumir formas distintas e variadas na prática empregatícia concreta, percebe-se que, do ponto de vista objetivo, a onerosidade dificilmente se oculta em uma dada relação sociojurídica detidamente examinada. Dificilmente, portanto, terá o operador jurídico dificuldade em vislumbrar a presença da onerosidade em uma relação de trabalho investigada: de uma forma ou de outra, a contraprestação onerosa despontará ao longo da prestação do trabalho. Por essa razão, de maneira geral, torna-se desnecessária a pesquisa da dimensão subjetiva da onerosidade: essa dimensão subjetiva emerge como suposta, em virtude da clara transparência do dado objetivo do pagamento de contraprestação econômica pelo tomador de serviços”.

Quanto menor o prazo de pagamento, maior será a possibilidade de descaracterização do contrato de parceria rural, transformando-o em contrato de emprego, ou em contrato de arrendamento. Todavia, isto depende muito do tempo da colheita, pois é direito do parceiro-outorgado a percepção dos frutos daquilo que plantou. Veja-se a respeito a lição da doutrina de José Fernando Lutz Coelho³⁷, *in verbis*:

³⁵ Coelho, José Fernando Lutz, *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 78.

³⁶ Delgado, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: Ltr, 2008, p. 299.

³⁷ Coelho, José Fernando Lutz, *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 188.

“[...] Assim, o fato que deve ser mais observado é o fato de que na parceria rural há a partilha dos frutos, investimentos, produtos e lucros, assim como também ocorre a partilha dos riscos de caso fortuito e força maior”.

Principalmente na cultura da cana-de-açúcar, o Fisco tem descaracterizado o contrato de parceria rural, transformando-o em contrato de arrendamento, quando o prazo de pagamento for menor do que um ano, em parcelas fixas, sem partilha dos frutos. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Pedro Einstein dos Santos Anceles³⁸, *in verbis*:

“[...] A parceria difere da locação ou arrendamento, porque nesta o pagamento do valor é feito pelo locatário ou arrendatário, independente do resultado da exploração rural; e da sociedade, por dispensar a presença da affectio societatis, embora haja em ambas a participação nos lucros apurados entre os contratantes”.

Isto ocorre porque entende-se que o adimplemento mensal muda o regime jurídico tributário, devendo-se recolher o imposto de renda retido na fonte em cada pagamento, proveniente da renda de aluguéis, ao invés de apurar-se o lucro real da atividade rural, no final de cada exercício financeiro, oriundo da partilha dos frutos da atividade rural. A respeito deste tema, os julgados adiante, citados na obra de Alberto Tebechrani e outros³⁹, *in verbis*:

“[...] ARRENDAMENTO SOB FORMA DE PARCERIA. Classificam-se como aluguéis os rendimentos provenientes de arrendamento de imóvel rural, ainda que o contrato celebrado refira-se a parceria rural, se o cedente percebe quantia fixa, sem partilhar os riscos do negócio (Ac. 1º CC 104-3.274/82 – Resenha Tributária, Seção 1.2, Ed. 20/83, pág. 560). No mesmo sentido, v. Ac. 1º CC 102-27.978/93 (DO 16/02/95).”.

Na cultura da seringueira, a Justiça do Trabalho tem descaracterizado o contrato de parceria rural, para contrato de emprego, quando o prazo for menor do que um ano, e o pagamento da borracha for semanal, quinzenal ou mensal. A respeito do assunto, julgados citados na doutrina de Alice Monteiro de Barros⁴⁰, *in verbis*:

“[...] ‘Vínculo empregatício. Falsa parceria. É empregado e não parceiro agrícola o trabalhador que presta serviços pessoalmente, ou com auxílio de seus familiares, que não tem idoneidade financeira para estabelecer-se ou responder por um empreendimento e depende inteiramente do outro ‘parceiro’ que, por vias diretas, ou transversas, comanda o negócio, detendo para si quase a totalidade da renda líquida auferida’ (TRT – 12ª Região – RO - V – 08799/2000. RO – V 3ª Turma – Rel.ª Juíza Ione Ramos – DJ/SC 23.10.2001, p. 166).”.

³⁸ Anceles, Pedro Einstein dos Santos, *Manual de Tributos na Atividade Rural*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52.

³⁹ Tebechrani, Alberto, et al, *Regulamento do Imposto de Renda*, São Paulo: Resenha, p. 181.

⁴⁰ Barros, Alice Monteiro de, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2010, p. 514.

No entanto, para ocorrer esta descaracterização do contrato de parceria rural, outras hipóteses terão que acontecer, obrigatoriamente e de forma englobada, de acordo com o contexto da real situação dos fatos desenrolados na relação contratual, devendo-se analisar todos os requisitos, mas não apenas um de forma isolada. Vejam-se os seguintes julgados, citados pela doutrina de José Fernando Lutz Coelho⁴¹, *in verbis*:

[...] **Contrato de trabalho / Contrato de parceria.** Estes dois contratos não se confundem, embora tenham elementos e aparências semelhantes, diferenciam-se pela natureza do vínculo obrigacional que criam, sendo necessário entender que o contrato de parceria rural, é um contrato autônomo de natureza civil que, diferentemente do contrato de trabalho com vínculo empregatício, inexiste subordinação, bem como percebimento de salário. Como bem menciona Américo Plá Rodrigues ‘Existe uma diferença essencial entre o contrato de trabalho e aqueles do direito civil. Nestes, a produção dos efeitos jurídicos e a aplicação do direito somente dependem do acordo de vontades; enquanto naqueles é necessário o cumprimento mesmo da obrigação contraída’ In: **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr e EdUSP, 1978, p. 217. Recurso Ordinário que nega provimento. (**Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região, TRT-RO-0326/00, Ac. TP 1109/2000, Cuiabá-MT, 23.5.2000**). (negrito no original).

Outro ponto importante no contrato de parceria rural é a previsão de investimentos em benfeitorias e bens que serão empreendidos na cultura.

No que se refere às benfeitorias, a intenção é que os recursos naturais sejam utilizados da maneira mais eficiente e sustentável possível, como, por exemplo, a realização de curvas de nível, adubação, calagem e uso de defensivos agrícolas.

No que se refere aos bens, a intenção é que as partes tenham prévio conhecimento, e anuênciam, sobre aqueles que serão adquiridos para o empreendimento rural, inclusive mediante financiamentos bancários, como, por exemplo, a aquisição de tratores, colheitadeiras, caminhões, máquinas e implementos agrícolas.

O último requisito do contrato de parceria rural, porém não menos importante, consiste na cessão de imóvel rústico, pois a cessão de imóvel urbano transforma totalmente o contexto contratual, alterando a aplicação do Estatuto da Terra, para a Lei de Locação Urbana.

Finalmente, a diferença substancial é a de que o trabalhador se transformou de mero empregado, para um verdadeiro empreendedor. Todavia, não se justifica a

⁴¹ Coelho, José Fernando Lutz, *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 191/192.

anulação do contrato de parceria rural, mudando-o para contrato de emprego, pois em ambos os casos o trabalhador rural está protegido legalmente, não se falando em hipossuficiência ou condição jurídica menos favorecida. Neste aspecto, o contrato de parceria rural se assemelha ao contrato de emprego, haja vista a proteção jurídica dada ao trabalhador.

3. DO CONTRATO DE EMPREGO

Os principais requisitos para caracterização da relação de emprego são: a) trabalho prestado por pessoa física; b) pessoalidade na prestação dos serviços pelo trabalhador; c) trabalho em caráter não eventual, de forma permanente; d) subordinação na prestação dos serviços; e) onerosidade na relação de emprego, mediante remuneração. Sobre o tema, veja-se a importante lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴², *in verbis*:

“[...] Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não-eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador de serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade”.

O primeiro requisito da relação de emprego é a prestação do serviço por pessoa física, pois não existe vínculo empregatício de pessoa jurídica para pessoa jurídica, mas apenas de pessoa física para pessoa física, ou de pessoa física para pessoa jurídica. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴³, *in verbis*:

“[...] Na verdade, a própria palavra trabalho já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete serviços abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica”.

Outro requisito da relação de trabalho é a pessoalidade na prestação do serviço, pois o trabalhador não pode fazer substituir-se por terceiros no cumprimento da obrigação contratual, devendo presta-la pessoalmente. A doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴⁴ é neste sentido, *in verbis*:

“[...] É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que

⁴² Delgado, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008, p. 290.

⁴³ Op., Cit., p. 291.

⁴⁴ Idem, p. 292.

tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, intuitu personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática da substituição intermitente – circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado -, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico”.

Mais um requisito para caracterização da relação de emprego é o trabalho realizado de maneira não eventual, isto é, permanente, não sendo assim considerado aquele prestado de maneira esporádica, vez ou outra, sem a habitualidade. Neste sentido, veja-se a lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴⁵, *in verbis*:

“[...] De outro lado, a ideia de permanência vigora no Direito do Trabalho no próprio instante da configuração do tipo legal da relação empregatícia. Através do elemento fático-jurídico da não-eventualidade, o ramo justrabalhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação sociojurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento (a relação de emprego)”.

Outro requisito para configuração da relação de emprego é a subordinação, que é aquele trabalho prestado com dependência do tomador do serviço, o qual tem o poder de direção do negócio, assumindo os riscos e as vantagens que ocorrerem. Veja-se a lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴⁶, *in verbis*:

“[...] A concepção subjetiva do fenômeno da subordinação – hoje inteiramente superada – expressa-se com maior proximidade pela palavra dependência (a propósito, utilizada pelo caput do art. 3º da CLT para se referir à subordinação). Efetivamente, a expressão dependência acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, correspondendo a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação”.

O último requisito da relação de emprego é a onerosidade, devendo ocorrer uma retribuição pelo serviço prestado pelo trabalhador, mediante remuneração. Além disso, assegura-se a todo empregado o pagamento de um salário mínimo mensal. Sobre o assunto veja-se a lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴⁷, *in verbis*:

“[...] A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício do obreiro, consubstanciada no

⁴⁵ Ib Idem, p. 293.

⁴⁶ Delgado, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008, p. 303.

⁴⁷ Op. Cit., p. 298.

conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada”.

Da análise comparativa entre a relação de emprego e a parceria rural, verifica-se que em comum está o trabalho de forma permanente e a onerosidade, ou seja, ambos os requisitos estão presentes nas duas modalidades contratuais.

Isto porque, tanto na relação de emprego, quanto na parceria rural, existe uma permanência, ou habitualidade, na prestação dos serviços, pelo menos até a colheita.

Também está presente a onerosidade em ambos os contratos, pois a partilha dos frutos, ou o seu equivalente em dinheiro, releva esse caráter oneroso, tanto do contrato de relação de emprego, quanto da parceria rural.

Para a caracterização da relação de emprego deve existir o *animus contrahendi*, isto é, a intenção de se contratar com vínculo trabalhista, ligado à onerosidade. Veja-se a lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴⁸, *in verbis*:

“[...] A doutrina refere-se à expressão *animus contrahendi* para traduzir a fundamental intenção das partes (em especial do prestador de serviços) com respeito à natureza e efeitos jurídicos do vínculo formado entre elas. Embora os autores não tendam a colocar esse aspecto da relação empregatícia como parte componente de um de seus elementos fático-jurídicos constitutivos (a onerosidade), o correto é situar exatamente nesse plano o chamado *animus contrahendi*. Essa expressão traduz, na verdade, a intenção do prestador de se vincular (ou não) a título oneroso e empregatício: inexistindo essa intenção, não há o plano subjetivo do elemento fático-jurídico da onerosidade”.

No contrato de parceria rural, não estão presentes os requisitos da pessoa física, da pessoalidade e da subordinação. Se tais requisitos forem preenchidos, restará caracterizado o contrato de emprego, do contrário caracterizou-se o contrato de parceria rural.

No contrato de parceria rural, o requisito da pessoa física não está presente, porque tanto pode ser pactuado entre uma pessoa física com outra pessoa física, mas também pode ser ajustado por uma pessoa jurídica e outra pessoa física, ou até mesmo entre duas pessoas jurídicas.

Ainda, no contrato de parceria rural, o requisito da pessoalidade também não está presente, uma vez que a relação de trabalho pode ser prestada pelo próprio parceiro-outorgado, ou também por seus familiares, ou até mesmo empregados

⁴⁸Delgado, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008, p. 300/301.

contratados por ele. Veja-se a lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁴⁹, *in verbis*:

“[...] Não é incomum uma parceria rural que seja cumprida sem pessoalidade no tocante à figura do prestador de serviços; não sendo infungível a pessoa do obreiro na pactuação e prática do contrato de parceria, não se pode considerar simulatório o pacto formado, não surgindo, desse modo, o contrato de emprego entre as partes”.

Enquanto o contrato de emprego detém cunho pessoal, não o possui o contrato de parceria rural. Assim, no contrato de emprego há necessidade do requisito da pessoalidade do trabalhador, ao passo que no contrato de parceria rural pode-se雇用mão-de-obra de terceiros, ou do próprio grupo familiar do parceiro-outorgado. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Wellington Pacheco de Barros⁵⁰, *in verbis*:

“[...] Isso significa dizer que o contrato de parceria não é de cunho exclusivamente pessoal. A ideia do legislador agrário é de abranger o leque de seu conceito ao grupo constituidor da família do parceiro-outorgado, do qual ele é o chefe”.

Ademais, em caso de morte do empregado no contrato de emprego, ocorrerá a extinção do ajuste, ao passo que no contrato de parceria rural, os sucessores do parceiro-outorgado poderão continuar a relação contratual com o parceiro-outorgante, sucedendo nos direitos e obrigações. Veja-se a respeito a lição da doutrina de Wellington Pacheco de Barros⁵¹, *in verbis*:

“[...] Não é causa de extinção do contrato agrário a morte do arrendatário ou parceiro-outorgado quando ele se constituir em conjunto familiar e houver nesse conjunto outra pessoa devidamente qualificada que prossiga na execução do contrato. É o que diz o parágrafo único do art. 26 do Decreto n.º 59.566/66. Ponto a ser considerado neste afastamento de causa de extinção contratual é a abrangência de conjunto familiar. Ele não significa simplesmente uma família legítima, ou de fato, composta de pais e filhos, mas pode abranger todos aqueles que formam uma unidade de produção econômica, mesmo que essas pessoas sejam estranhas por laços de sangue. Porém, não basta a existência tão-só do conjunto familiar para que se tenha o contrato como existente. É necessário que haja alguém que tenha qualificação para prosseguir na atividade contratada. À guisa de exemplo, a esposa ou companheira viúva pode assumir a condição de arrendatário ou parceiro-outorgado no contrato de arrendamento ou de parceria, desde que demonstre condições para continuar com a atividade objeto do contrato. Na mesma situação, o filho legítimo ou adotado ou o enteado”.

⁴⁹ Op. Cit., p. 593.

⁵⁰ Barros, Wellington Pacheco de, *Contrato de Parceria Rural*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 85.

⁵¹ Op., cit., p. 112.

Finalmente, o requisito da subordinação não se insere na parceria rural, porque não existe uma hierarquia entre o parceiro-outorgante e o parceiro-outorgado, mas apenas uma relação de proprietário ou possuidor, em face daquele que explora a cultura objeto do ajuste. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado⁵², *in verbis*:

“[...] O marco distintivo firmado pela subordinação, no contexto das inúmeras fórmulas jurídicas existentes para a contratação da prestação de trabalho, permite ao operador jurídico cotejar e discriminar, com êxito, inúmeras situações fático-jurídicas próximas. O cotejo de hipóteses excludentes (trabalho subordinado versus trabalho autônomo) abrange inúmeras situações recorrentes na prática material e judicial trabalhista: trabalhadores autônomos prestando serviços habituais a empresas (como profissionais de consultoria, auditoria, contabilidade, advocacia, etc.); trabalhadores autônomos pactuando a confecção de obra certa para determinado tomador (empreitada); representantes comerciais ou agentes e distribuidores regidos por legislação própria; **contratos de parceria rurais**, etc. Em todos esses casos, a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a prova da **subordinação** jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo”. (negrito nosso).

Mas se for descaracterizado o contrato de parceria rural, transformando-o em contrato de emprego, ou se o empresário rural optar por esta segunda modalidade contratual por conta própria, algumas importantes consequências jurídicas e econômicas deverão ser levadas em consideração.

Além disso, é importante que o proprietário fiscalize o descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. Se esse descanso semanal remunerado não for observado, inclusive no caso de descaracterização do contrato de parceria rural, poderá ocorrer condenação ao pagamento dessa verba na justiça trabalhista.

Ainda, no caso de opção pelo contrato de emprego, ou sua descaracterização, deve-se observar as férias anuais, após o período de doze meses de trabalho, podendo o trabalhador vender dez dias do descanso anual, no entanto devendo efetivamente usufruir vinte dias desse direito às férias.

Uma alternativa para a concessão das férias do empregado rural, consiste no seu gozo durante o período da entressafra, momento em que ocorre um menor movimento do empreendimento.

⁵² Delgado, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008, p. 302.

Também deve ocorrer a fiscalização do uso de equipamentos de proteção individual do trabalho, tais como uso de botas, luvas, máscaras, chapéus, e vestuário adequado para a atividade.

No caso de manuseio de defensivos agrícolas, caso não sejam observadas as precauções necessárias, o empregador poderá ser condenado ao pagamento de adicional de insalubridade.

Ademais, caso este comprovado, poderá ocorrer também a condenação em horas extras, com adicional de 50%, mas esse tipo de jornada extraordinária depende de comprovação efetiva a cargo do trabalhador, dentro do processo trabalhista.

Por fim, caso o contrato de parceria rural seja descaracterizado para contrato de emprego, o empregador deverá indenizar as verbas rescisórias, tais como aviso prévio, décimo terceiro salário, férias + 1/3, FGTS + multa fundiária, contribuições previdenciárias e fiscais.

4. SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTO DO CONTRATO DE PARCERIA RURAL E SEUS ASPECTOS ECONÔMICOS

No contrato de parceria rural a legislação aplicável é o Estatuto da Terra, ao passo que no contrato de emprego a legislação aplicável é o Estatuto do Trabalhador Rural. No primeiro pressupõe-se a existência de posse ou de propriedade, ao passo que no segundo estabelece-se uma relação de locação de mão-de-obra, com vínculo empregatício.

A ideia aqui é a de que o parceiro-outorgado tenha um mínimo de condições dignas de exercício da atividade rural, sem que seja explorado injustamente pelo parceiro-outorgante, proporcionando um justo equilíbrio na relação contratual.

Novamente é importante trazer à luz a noção jurídica de função social da propriedade, ladeada na execução contratual da mão-de-obra utilizada no meio rural, a fim de se conseguir o melhor resultado econômico-social possível, na medida em que a propriedade cumpre sua função social, quando promove uma exploração adequada da terra, além de promover o bem estar de seus trabalhadores em sentido amplo.

Cada propriedade rural possui uma realidade diferente, reinando a diversidade nos rincões de nossa terra, não se podendo endurecer uma modalidade contratual

sobre a outra, pois a organização da atividade rural é variável, pois aquilo que é importante num lugar, pode ser irrelevante em outro, muitas vezes fruto da evolução histórica e agrária de nosso país.

Um fator importante é a fiscalização ostensiva do produtor rural, o que poderia acarretar a subordinação do trabalhador. Embora seja permissível ao proprietário fiscalizar a produção periodicamente, a constante demonstração de ordens verbais e imposição de autoridade, principalmente com a fiscalização de horários de trabalho, pode ocasionar a descaracterização do contrato de parceria rural.

Para resolver o problema da fiscalização do parceiro-outorgante, mantendo-se o contrato de parceria rural, recomenda-se a notificação do parceiro-outorgado por escrito, mediante correspondência em mãos, com a assinatura de duas testemunhas, ou via cartório extrajudicialmente, com presunção de veracidade e boa-fé documental. Ou seja, não é para o parceiro-outorgante fiscalizar ostensivamente a cultura, mas ele pode notificar por escrito o parceiro-outorgado, caso constate algum tipo de irregularidade contratual.

Outra solução interessante para caracterização do contrato de parceria rural consiste na obrigatoriedade do parceiro-outorgado registrar-se nos órgãos públicos competentes, formalizando o exercício de sua atividade rural, assumindo os encargos fiscais e sociais.

Mais uma sugestão de aperfeiçoamento dessa relação de trabalho, consiste na independência do capital do parceiro-outorgado, com separação dos recebimentos, comprovados mediante depósitos bancários ou recibos de pagamento em dinheiro, fornecidos diretamente pelo comprador da produção comercializada, com ciência do parceiro-outorgante. Pelo menos um salário mínimo por mês, durante um período de safra, deve o parceiro-outorgado receber de renda do contrato de parceria rural.

Por fim, o parceiro-outorgado deve obter em separado os financiamentos rurais para o exercício de sua atividade rural, se necessário com a anuência do parceiro-outorgante para as garantias bancárias, demonstrando a separação no exercício de sua atividade rural.

Esses fatos descritos sobre a descaracterização do contrato de parceria rural, para o contrato de emprego, são muito importantes nas culturas de seringueira, café, milho, soja e cana-de-açúcar, dentre outras. Uma forma de contornar essa situação é a constituição de pessoa jurídica para o empreendimento da atividade rural, tanto do

lado do parceiro-outorgante, quanto do lado do parceiro-outorgado, desde que respeitados todos os requisitos legais.

Existe um receio de que a constituição de pessoa jurídica é uma forma de fraude à legislação trabalhista, notadamente quando se utiliza de cooperativa de trabalho, muitas vezes encobrindo a verdadeira relação contratual, que na verdade não passa de um contrato com vínculo empregatício, com o preenchimento de todos os requisitos legais.

Por outro lado, admitindo-se a caracterização do contrato de emprego, a fiscalização e a observação da legislação trabalhista pelo proprietário e empregador, é de vital importância na condução desse empreendimento, porque ele exerce uma autoridade, consubstanciada no poder hierárquico sobre o trabalhador, suportando os riscos de sua atividade rural.

O espírito empreendedor deve nortear as relações contratuais e econômicas, no intuito de geração de mais riquezas, na utilização da terra como meio de produção. A cultura jurídica e social de nosso país tende a proteger a parte mais fraca na relação contratual, sendo esta o trabalhador rural, que só dispõe de sua força física e intelectual, para obter o próprio sustento. Todavia muitos trabalhadores rurais se sobressaem e se tornam verdadeiros empreendedores do negócio rural, deixando para trás uma velha rotina de sofrimento.

Desta forma, o contrato de parceria rural é um instrumento jurídico e econômico que deve ser mais utilizado no agronegócio, com maiores vantagens sobre o contrato de emprego, em que pese os riscos trabalhistas de sua maior utilização, desde que embasada na boa fé contratual.

5. CONCLUSÃO

Modernamente, deve o aplicador do direito buscar a permanência concomitante de ambos os institutos jurídicos, provenientes de uma longa evolução histórica, social e econômica do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, o contrato de parceria rural é um importante instrumento de circulação de riquezas no meio rural, assim como o contrato de emprego.

Todavia, deve-se considerar que o contrato de parceria rural, quando verdadeiramente pactuado entre as partes, torna-se um melhor instrumento gerador

de riquezas, pois incentiva a produção em maior escala pelo parceiro-outorgado, que se torna empreendedor, conduzindo o próprio negócio, segundo suas habilidades, na utilização dos meios de produção, com maior incentivo e liberdade de atuação.

Por sua vez, o contrato de emprego pressupõe uma maior dependência econômica do trabalhador, obrigando a direção do negócio pelo empregador, o qual assume os riscos do empreendimento, em contrapartida de uma remuneração do serviço prestado, sujeitando-se o empregado à direção do negócio.

Em resumo, algumas soluções podem ser elucidadas para melhor aplicação do contrato de parceria rural, buscando o aperfeiçoamento da relação de trabalho.

Uma dessas soluções consiste na comunicação por escrito entre o parceiro-outorgante e o parceiro-outorgado, reunindo o maior número de documentos possíveis para comprovação da relação de trabalho, a fim de prevalecer a parceria rural.

Outra possibilidade de aperfeiçoamento do contrato de parceria rural consiste na obrigatoriedade do parceiro-outorgado registrar-se nos órgãos públicos competentes, a fim de formalizar o exercício de sua atividade rural.

Além dessas soluções, para demonstração do contrato de parceria rural, também se destaca a necessidade do parceiro-outorgado receber sua produção de maneira separada do parceiro-outorgante, possuindo um fluxo de caixa independente.

Ademais, uma última solução para melhoria da relação de trabalho existente no contrato de parceria rural, consiste na situação em que o parceiro-outorgado obtenha em seu próprio nome os financiamentos rurais destinados ao exercício de sua atividade, se necessário com a anuênciam do parceiro-outorgante para as garantias bancárias, demonstrando a separação da atividade exercida por cada um.

O princípio da proteção do empregado muitas vezes é aplicado de maneira equivocada, protegendo-se o trabalhador rural já beneficiado pelo melhor rendimento na partilha dos frutos da produção da terra. Do outro lado, o dono da terra muitas vezes está buscando uma melhor forma de produção de riquezas, distribuindo renda na utilização do capital e do trabalho, sem nenhuma preocupação leonina perante aquele que lhe ajuda na exploração da terra. A harmonia de tais interesses deve refletir o trabalho no campo.

REFERÊNCIAS

- ANCELES, Pedro Einstein dos Santos, *Manual de Tributos na Atividade Rural*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BARROS, Alice Monteiro de, *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- BARROS, Wellington Pacheco, *Contrato de Parceria Rural*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COELHO, José Fernando Lutz, *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008.
- GARCIA, Roni Genicolo, *Manual de Rotinas Trabalhistas*, São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREIRA, Pinto, *Curso de Direito Agrário*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDO, Alessandro Santos de, *Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais*, São Paulo: LTr, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SZTAJN, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: Atlas, 2010.
- TEBECHRANI, Alberto, et al, *Regulamento do Imposto de Renda*, São Paulo: Resenha, 1998.
- VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Atividade Rural*. São Paulo: LTr, 1999.

CAPÍTULO 19

PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL JUNTO AO MERCADO DO LEITE, NUM ENFOQUE JURÍDICO E ECONÔMICO

Jonathan Barros Vita

Doutorado em Direito pela PUC/SP. Professor do Mestrado em Direito da Unimar.

Professor do IBET. Brasil.

E-mail: jbvita@gmail.com

Luís Roberto Fonseca Ferrão

Mestre em Direito pela Unimar. Advogado de Carreira do Banco do Brasil. Ex-Procurador da Fazenda Nacional em Comissão.

E-mail: luis.ferrao@terra.com.br.

Resumo: Em virtude da dificuldade no mercado de produtos lácteos, um importante segmento do agronegócio brasileiro, avistou-se a necessidade de uma análise jurídica e econômica, no intuito de iluminar o caminho à ser trilhado por todos os elos da cadeira produtiva do leite. Na medida em que o empresário rural se lança nessa atividade, deve primeiro escolher o tipo de sociedade empresária, individual ou coletiva, para o início do seu empreendimento, segundo as várias opções da legislação brasileira. Em seguida, a variação dos preços dos produtos lácteos nesse mercado, consolida uma posição de resultado positivo ou negativo, no exercício da atividade econômica e empresarial. Esse mercado de produtos lácteos não é regulamentado de forma adequada, ao passo que as políticas públicas do setor muitas vezes não atendem a todos os elos da cadeia produtiva. Nesse contexto, algumas soluções jurídico-econômicas foram levantadas, a fim de melhor regular o mercado de produtos lácteos. Com a utilização do método dedutivo, assim como da pesquisa literária interdisciplinar do Direito e da Economia, concluiu-se em possíveis soluções para o mercado interno e externo dos produtos lácteos, na medida da evolução dos negócios entre os empresários. A melhor solução para o mercado de produtos lácteos é a inclusão no mercado futuro, com a realização de contratos de compra e venda, travando os preços e beneficiando os elos da cadeia produtiva, de acordo com os negócios realizados na Bolsa de Mercados & Futuros de São Paulo, Capital. Deste modo, passando-se pela análise dos tipos e fenômenos empresariais, chegou-se ao mercado de produtos lácteos, numa crítica de seus problemas e eventuais soluções.

Palavras-chave: Atividade empresarial; Mercado de produtos lácteos; Variação de preços.

Abstract: Because of the difficulty in the dairy market, an important segment of the Brazilian agribusiness, the need for a legal and economic analysis was spotted in order to illuminate the path to be trodden by all links in the production chain of milk. To the extent that rural entrepreneur launches this activity, it must first choose the type of business company, individual or collective, to the beginning of its venture, according to the various options of Brazilian law. Then the change in prices of dairy products in that market consolidated a positive or negative result, in the exercise of economic and business activity. This dairy market is not regulated properly, while the public sector policies often do not meet all the links in the production chain. In this context, some

legal and economic solutions have been raised in order to better regulate the dairy market. With the use of the deductive method, as well as the interdisciplinary literary research of Law and Economics, possible solutions to the domestic and foreign market for dairy products are concluded, the extent of development of the business among entrepreneurs. The best solution for the dairy market is the inclusion in the future market with the completion of purchase and sale contracts, locking prices and benefiting the links in the productive chain, according to the business conducted in the Mercados & Futuros (Mercantile & Futures) Markets of São Paulo, Capital. Thus, passing by the analysis of the types and businesses phenomena, came to the dairy market, in a critique of their problems and possible solutions.

Keywords: Business activity; The dairy market; price variations

1. INTRODUÇÃO

Uma importante questão do chamado risco brasileiro é o exercício da atividade produtiva de leite em nosso país, diante da grande variação de preços desse ramo, bem como os vários tipos societários disponíveis ao empresário rural, individual ou coletivo.

Para o início dessa atividade produtiva, deve o empresário escolher dentre um dos vários tipos societários disponíveis, individual ou coletivamente. Uma vez escolhido o tipo empresarial que se utilizará, o empresário estará sujeito às variações de preços do mercado, levando a atividade a um resultado positivo ou negativo.

A variação de preços no mercado de produtos lácteos ao produtor rural, na maioria das vezes é proveniente da pressão de preços pela indústria, a qual é pressionada pelo atacado e varejo, principalmente as grandes redes de supermercados, que detém um grande poder econômico para ditar a lucratividade do negócio, junto ao consumidor final.

A padronização dos contratos de compra e venda de produtos lácteos em toneladas de leite em pó, ou em toneladas de leite longa vida, com a inserção desses produtos no mercado futuro, beneficiaria todos os elos da cadeia produtiva, trazendo maior segurança na realização dos negócios.

Urgente e importante se demonstra a revisão do tratamento dispensado ao mercado de produtos lácteos, a fim de não prejudicar o desenvolvimento econômico e social desse ramo do agronegócio brasileiro, o qual vem sofrendo com políticas de preços não adequadas ao setor, com grandes variações no mercado interno e externo, em prejuízo da cadeia.

2. A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Neste tópico serão apresentados os vários tipos de sociedades empresárias, coletiva ou individual, no exercício da atividade empresarial do agronegócio como foco principal. Para início da atividade, deve o empresário promover o registro no órgão competente, conforme os artigos 967 e 985, do Código Civil, tanto individual, quanto em sociedade. Ao empresário rural é facultada a inscrição nos órgãos competentes, conforme o artigo 970, do Código Civil, caso contrário atuará em nome individual. O

empresário individual poderá atuar de maneira limitada ou ilimitada, conforme o artigo 980-A, do Código Civil. Mas para atuar de forma limitada, deve inscrever-se no órgão competente.

Na sociedade comum e na sociedade em nome coletivo, os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações contraídas perante terceiros, sem direito ao benefício de ordem, conforme o artigo 990, do Código Civil. Estes são outros tipos de sociedade disponíveis para utilização, cabendo a escolha ao empresário, segundo lhe convier.

As sociedades se dividem em empresárias e simples, conforme o artigo 982, do Código Civil. Por disposição legal, as sociedades por ações são consideradas empresárias, ao passo que as cooperativas são consideradas sociedades simples.

Outro tipo de sociedade simples diferenciada é a sociedade em conta de participação, que não é uma sociedade personificada, mas um contrato interno entre os empresários, onde um deles exerce a atividade em nome próprio, e o outro figura ocultamente como sócio, não aparecendo perante terceiros.

A sociedade limitada tem origem no direito alemão. Consiste no sucedâneo da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro. Na última década, as sociedades de responsabilidade limitada representaram cerca de 98% das sociedades constituídas no Brasil, segundo dados do Departamento de Registro do Comércio. Veja-se a doutrina de Eduardo Goulart Pimenta, *in verbis*:

“[...] O hoje tão empregado instituto da Sociedade Limitada resulta de uma preocupação eminentemente econômica, qual seja a de estabelecer o adequado incentivo para os pequenos e médios empreendedores. É talvez um dos mais felizes exemplos de institutos jurídicos desenvolvidos com o direito objetivo de atender à maximização da riqueza”. (Timm, Luciano Benetti, et al, Direito & Economia, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 p. 250).

Na sociedade de responsabilidade limitada, existe o limite de responsabilidade dos sócios de acordo com o capital social integralizado, conforme o artigo 997, do Código Civil. Inclusive, os sócios possuem o direito ao benefício de ordem, onde os bens da sociedade respondem em primeiro lugar, somente após podendo ser direcionada a execução em face deles, conforme o artigo 1.024, do Código Civil.

A sociedade em comandita simples possui os sócios comanditados, que respondem ilimitadamente perante terceiros e os sócios comanditários, que respondem de acordo com as quotas do capital social, conforme o artigo 1.045, do Código Civil. Este tipo societário é muito raro na atualidade, em decorrência da

responsabilidade ilimitada de um dos sócios, trazendo maiores riscos ao empreendedor.

A sociedade anônima possui o seu capital social dividido em ações, obrigando-se cada sócio apenas ao preço de cada uma das que subscrever, conforme o artigo 1.088, do Código Civil. Sua regulação ocorre por lei especial – a Lei nº 6.404/76 -, aplicando-se subsidiariamente o Código Civil. As sociedades por ações destinam-se aos grandes empreendimentos, em virtude da forma complexa de sua operação, para o cumprimento de sua função social. Veja-se a lição da doutrina de Alexandre Bueno Cateb, *in verbis*:

“[...] É comum a opinião de que a companhia deve cumprir sua ‘função social’, apresentando alternativas para a comunidade em que atua, de forma a garantir melhores condições de emprego e renda, ou então provendo a população próxima com creches, escolas, melhorias para o meio ambiente, etc.”. (Timm, Luciano Benetti, et al, Direito & Economia, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 p. 267).

Na sociedade em comandita por ações, o capital também é dividido por ações, mas o sócio e administrador é quem responde ilimitadamente perante terceiros, conforme o artigo 1.091, do Código Civil. Também este tipo societário é muito raro na atualidade.

As sociedades cooperativas podem ser de responsabilidade limitada ou ilimitada, cujos lucros deverão integrar o capital social. Sua regulação também ocorre por lei especial – a Lei nº 5.764/61 -, aplicando-se subsidiariamente o Código Civil.

Esta classificação das sociedades é taxativa na legislação, ou seja, ainda que por uma criação qualquer, não poderá existir outro tipo societário ou individual no ordenamento jurídico brasileiro, senão aqueles expressamente elencados nos textos legais. Veja-se a lição da doutrina de Eduardo Goulart Pimenta, *in verbis*:

“[...] Os tipos societários atuais têm, em regra, a mesma origem de vários dos fundamentais institutos do Direito Empresarial. São historicamente o resultado das práticas reiteradas dos comerciantes medievais que, posteriormente e de forma gradual, alcançaram a legislação positiva à medida que se consagraram por sua grande adequação ao tráfico mercantil”.(Timm, Luciano Benetti, et al, Direito & Economia, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 p. 248).

As empresas devem cumprir sua função social, no sentido de que se utilizem dos meios de produção, visando ao desenvolvimento econômico, assim como a geração de riquezas para todos aqueles envolvidos no empreendimento, sob a luz do

artigo 170, da Constituição Federal de 1988. Veja-se a doutrina de Eros Roberto Grau, *in verbis*:

“[...] Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual e familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte, e o lazer”. (Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 240).

Efetuadas tais considerações sobre os vários tipos societários, convém finalizar esta parte com a consideração de que ao empresário rural, pessoa física ou jurídica, caberá a escolha desta ou daquela modalidade empresarial, a fim de desenvolver a atividade econômica, inclusive para proteger-se das constantes oscilações de preços dos produtos lácteos nesse mercado, vez ou outra não cobrindo os custos de produção, inclusive podendo gerar algum prejuízo econômico, o qual será contabilizado de acordo com cada tipo societário, ou individual.

2.1 ASPECTOS ECONÔMICOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Toda atividade empresária necessita de prévio registro antes de ser iniciada, sob pena de irregularidade civil, além de responsabilidade ilimitada dos sócios. A burocracia é necessária para o combate da informalidade, uma vez que o poder público necessita identificar os vários tipos empresariais que foram estabelecidos para o exercício de cada atividade. Neste sentido, mais uma vez, veja-se a lição de Rachel Sztajn:

“[...] A exigência de registro anteriormente ao início do exercício da atividade empresarial, afastando-se da disciplina do Código Comercial que tinha nesse fato apenas requisito de regularidade, contraria a concepção de que menos burocracia pode aumentar a eficiência”. (Sztajn, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 145).

A organização da atividade empresarial ocorre para um fim determinado, visando a obtenção de resultados econômicos. Os vários perfis da atividade empresária são: a) estabelecimento; b) mão-de-obra; c) fim de lucro, e; d) organização empresarial.

O cerne principal da atividade empresarial é o objetivo de lucro, muito embora não seja obrigatória a sua obtenção, pois uma atividade empresarial também pode

dar prejuízo, caso em que estar-se-á seguindo o trilho do declínio, caso o ciclo negativo não seja invertido para positivo, pois nenhuma atividade se mantém caso não resulte em resultado econômico satisfatório. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Alexandre Bueno Cateb, *in verbis*:

“[...] Essa busca pelo lucro na prática desses atos torna-se relevante para a caracterização do empresário, pois quem reiteradamente compra bens para seu consumo, como livro para sua biblioteca particular, evidentemente, não será empresário. Georges Ripert considera que o empresário busca movimento pecuniário, devendo, além do mais, praticar atos reiterados com profissionalismo”. (Timm, Luciano Benetti, et al., *Direito & Economia*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 264/265).

Portanto, a atividade empresarial pode ser exercida individual ou coletivamente, quanto à responsabilidade de maneira limitada ou ilimitada, podendo-se adotar vários tipos societários ou apenas a firma individual. A atividade empresarial é constituída pelo estabelecimento empresarial, muito embora em tempos modernos e globalizados, essa noção possua um enfoque virtual. O principal objetivo empresarial é a organização de meios para a consecução de lucro, sem o qual a atividade não subsistirá economicamente.

3. O MERCADO DE PRODUTOS LÁCTEOS E SEUS ASPECTOS ECONÔMICOS

Outros mercados poderiam ser analisados, mas por uma questão de dificuldade no setor, será analisado o mercado de produtos lácteos. De modo que o exercício da atividade empresarial, utilizando-se das várias modalidades societárias, sustentou a ideia de produção econômica com objetivo de lucro, sem o qual nenhum negócio mercantilista subsistirá.

Estima-se que o PIB da cadeia produtiva do leite na última década foi na média de 13 bilhões de reais, segundo dados do CEPEA/ESALQ (www.cepea.esalq.usp.br/leite). Uma questão que se sobressai refere-se ao aumento ou diminuição de preços do leite ao produtor rural, passando pela indústria, chegando ao consumidor final. Existe um senso comum de que a produção de alimentos no Brasil é pouco valorizada, bem como remunera mal quem produz. Tal situação se explica pela análise conceitual da demanda inelástica, onde o aumento dos preços

pode ocasionar uma fuga do consumidor daquele produto. Veja-se a explicação da doutrina de Rachel Sztajn, *in verbis*:

[...] Quando a demanda for inelástica o produtor pode aumentar o preço do bem sem que isso reduza o consumo. Será relativamente inelástica quando a variação da quantidade for menor do que a do preço. (Sztajn, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 35).

Talvez a única forma de regular esse mercado na prática seja a escassez ou a abundância de produtos, na medida em que quanto mais produtos lácteos existirem disponíveis no mercado, maior será a oferta, ao revés de que quanto menos existirem, menor será a oferta. No caso de maior oferta, o preço do leite se reduz. No caso de menor oferta, o preço do leite aumenta. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Fábio Nusdeo acerca da lei da escassez, regulando a oferta e a procura, *in verbis*:

[...] A lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-as a se organizarem e à estabelecerem entre si relações específicas a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade. (Nusdeo, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25).

Por maior que seja o esforço do produtor leiteiro para a diminuição de seus custos de produção dentro de sua propriedade, foge do seu controle a política de preços praticada no mercado. O lucro da atividade leiteira é mínimo se comparado ao lucro das grandes redes de supermercados na comercialização dos produtos lácteos. Na cadeia produtiva do leite, estima-se que 23% do lucro da atividade fique com o produtor, 38% com a indústria e 39% com a rede de supermercados, segundo dados do CEPEA/ESALQ (www.cepea.esalq.usp.br/leite).

O mercado de produtos lácteos não é um mercado regulamentado de forma adequada, atuando a livre iniciativa de acordo com a demanda dos produtos. A falta de organização na cadeia produtiva do leite faz com que boa parte da fatia desse mercado desemboque com lucros para o comércio atacadista e varejista, ficando uma parcela menor para a indústria, e uma parcela ínfima para o produtor rural. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Rachel Sztajn, *in verbis*:

[...] Sem mercados ativos produtores, distribuidores e consumidores enfrentarão dificuldades, quer na transformação, quer na criação, distribuição e aquisição de bens que satisfaçam suas necessidades ou

desejos. Assim, convém estimular, ou ao menos inibir a criação e/ou organização de mercados permitindo o acesso de quem quer obter bens para consumir, assim como o de quem possa ofertar os mesmos, ou outros produtos e/ou serviços". (Sztajn, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 35).

O mercado não pode ser auto-regulável, uma vez que a livre atuação de seus operadores acarretaria mais malefícios do que benefícios. A visão capitalista pura da livre atuação do mercado deve ser pautada por um mínimo de regulação, visando o desenvolvimento econômico e social sustentável. Veja-se a respeito a doutrina de Eros Roberto Grau, *in verbis*:

"[...]Ora, como o mercado é movido por interesses egoísticos – a busca do maior lucro possível – e a sua relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é que o constitui como uma ordem. E essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta, implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes do mercado". (Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28/90).

A falta de políticas públicas adequadas para o mercado de produtos lácteos tem gerado consequências desastrosas para o produtor rural. Muitas vezes a atividade é exercida de um modo pouco organizado, sem lucratividade, com total abandono do poder público. A doutrina de Rachel Sztajn traduz sua opinião sobre esse tema, *in verbis*:

"[...] Tais políticas servem de guia para a elaboração de regras de estímulo a setores, para a concessão de privilégios ou benefícios, fiscais ou não, visando ao desenvolvimento de atividades ou áreas geográficas específicas. A necessidade de crescimento da economia, a melhora da distribuição de renda, fundamentam a intervenção do Estado na economia". (Sztajn, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 47).

O risco do negócio é assumido praticamente apenas por um elo da cadeira produtiva, pois o produtor rural é quem assume o ônus pela variação de preços, imputada de forma injusta sobre ele pela indústria, que muitas vezes também é pressionada injustamente pelo atacado e varejo, nas grandes redes de supermercados. Segundo dados da CNA, em alguns períodos as grandes redes de supermercados aumentam o preço do leite ao consumidor final acima da inflação monetária, mas o produtor rural não recebe o repasse desse reajuste (www.canaldoprodutor.com.br/artigos).

Não se trata de um risco normal do negócio, mas de um risco imposto exclusivamente ao produtor rural. Imagine-se que o produtor rural elabora o custo de produção para um determinado mês, com base nos preços obtidos no mês anterior. Todavia, ocorre uma grande desvalorização do preço pago pela indústria. Muito embora o produtor tenha se embasado num determinado custo de produção, é certo que o seu resultado econômico estará comprometido, diante da variação excessiva do preço para menos, pago pela indústria. Veja-se a lição de Fábio Nusdeo, *in verbis*:

*[...] Claramente, de nada adiantará um produtor inclinar-se pela produção de um dado artigo cujo preço pareça convidativo, se o custo para produzi-lo igualar ou superar a receita trazida pela sua venda. Logo, o voto dos consumidores é qualificado, isto é, quando eles quiserem ter o bem à sua disposição deverão estar dispostos a pagar um preço capaz de cobrir todos os custos de produção e ainda remunerar o empresário produtor com um lucro tido como razoável, a fim de induzi-lo a manter a sua atividade". (Nusdeo, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25).*

Muitas previsões econômicas sobre o aumento de consumo de produtos lácteos da população não se concretizaram. O aumento da renda das classes mais baixas, não provocou efetivamente uma demanda maior por produtos derivados do leite natural, como se supunha.

Na verdade, produtos mais elaborados possuem a tendência de ganhar a preferência do consumidor, ao passo que produtos de menor valor agregado, tendem a não ser consumidos preferencialmente. A respeito das previsões econômicas, é importante trazer à luz o relato da doutrina de Fábio Nusdeo, *in verbis*:

[...] Ao longo de toda a História, o homem tem expressado por várias formas a sua preocupação com a limitação dos recursos de que se serve. A Bíblia e diversos outros livros religiosos contêm passagens nessa linha, recomendando a preservação da natureza e dos bens por ela prodigalizados. Em se tratando de ciência, isto também ocorre, e, de tempos em tempos, algumas obras marcaram época ao tratar em profundidade e com rigor o tema. Serão aqui mencionadas duas delas, distantes no tempo em quase duzentos anos.

*A primeira é de autoria do economista inglês Thomas Robert Malthus, o qual publicou em 1798 o seu conhecido *Essay on the principle of population*. Nela, lança as bases da chamada Teoria da População, segundo a qual o crescimento demográfico seguiria uma progressão geométrica, enquanto os recursos para o seu sustento aumentariam apenas ao longo de uma progressão aritmética. Daí ser previsível um momento no futuro em que a humanidade entraria em colapso pela simples impossibilidade de se abastecer. A fim de fugir a este inevitável colapso, Malthus, aliás, um pastor protestante, propunha um*

rígido controle de natalidade baseado na contenção voluntária. As suas previsões pessimistas não se realizaram até agora e o que se viu foi uma expansão extraordinária não apenas da produção de gêneros alimentares, mas também de bens industriais e de um sem-número de serviços coexistindo com o crescimento populacional. No entanto, o raciocínio daquele autor ainda é visto como algo plausível quando inserido no contexto mais amplo das preocupações ecológicas dos dias de hoje. E, mesmo, no campo estrito do sustento, o elevado número de pessoas depauperadas ou eliminadas pela fome em vastas regiões do planeta continua a levantar o espectro das suas previsões.

(Nusdeo, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26).

A segurança de mercado é inerente a qualquer atividade produtiva, inclusive empresarial e comercial. A atividade de produção de leite talvez seja a única em que o produtor fica sabendo do preço do produto vendido, depois que ele é entregue ao comprador. Isto ocorre porque o leite é entregue diariamente, ou no máximo, a cada dois ou três dias, e o fechamento do total da entrega é feito mensalmente. Depois o preço é combinado para mais outro prazo de pagamento, geralmente de uma quinzena, mas o produto já foi entregue para a indústria, restando praticamente nenhuma margem de negociação de preço. Desta forma, a insegurança nesse tipo de atividade é evidente, em contrassenso ao que se deveria esperar de um mercado regulado de maneira adequada. Veja-se a seguinte lição da doutrina de Rachel Sztajn, *in verbis*:

[...] Operar em mercados requer salvaguardas que garantam o cumprimento dos contratos e que, ainda quando os contratantes adotem condutas de extrema diligência, podem ser reais ou fictícias. Por isso é que se pensa em desenhar estruturas que efetivamente assegurem o cumprimento das declarações que são a melhor alternativa para quem pretenda manter-se participante ativo ao longo do tempo. (Sztajn, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: Atlas, 2010, p. 55).

A insegurança dessa forma de pagamento do produto vendido traz consequências tanto na elaboração do custo de produção, quanto na amortização de investimentos, pois não se sabe exatamente quanto será a lucratividade do produto vendido para a indústria, em alguns casos podendo ocasionar um resultado econômico negativo. Veja-se a lição da doutrina de Rachel Sztajn, *in verbis*:

[...] Na hipótese de uma das partes fazer investimentos vultosos, específicos ou idiossincráticos, o cálculo econômico recomendará que se o faça apenas quando houver mínima certeza de amortização, recuperação de valor durante ou, no máximo, até o termo do final do

contrato. Quanto menor a probabilidade de recuperação do investimento maiores as exigências que serão feitas à outra parte em razão do perigo de perda por riscos a ele associados, ao lapso temporal entre a conclusão do contrato, início da produção e o termo final do contrato, tendo em vista a mutabilidade dos estados da natureza". (Sztajn, Rachel, Teoria Jurídica da Empresa, São Paulo: Atlas, 2010, p. 114/115).

Os investimentos para o aperfeiçoamento da atividade produtiva são inerentes a todo e qualquer negócio. Quando ocorrem estímulos aos investimentos, seja por um aumento sazonal dos preços, seja por um estímulo momentâneo das políticas governamentais, o produtor se dispõe a absorver novas tecnologias, inclusive com a aquisição de novas máquinas para melhoria da produtividade. Veja-se a lição da doutrina de Celso Furtado, *in verbis*:

"[...] Entretanto, ao começar a transformação estrutural do sistema, com aumento relativo das inversões no setor industrial e de serviços conexos, cresce rapidamente a procura de equipamentos mecânicos. O sistema entra, por conseguinte, numa etapa da intensa assimilação de processos tecnológicos mais complexos, os quais tem acesso através do intercâmbio externo". (Furtado, Celso, Formação Econômica do Brasil, São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 324).

Esta é uma reação normal do mercado, devendo-se ponderar a diluição desses investimentos ao longo de vários anos da produção leiteira, uma vez é possível acontecer uma diminuição dos preços, levando o negócio a um resultado negativo.

O desenvolvimento regional de nosso país deve ser priorizado mediante uma regulamentação mais adequada do mercado de produtos lácteos, considerando-se as várias regiões produtoras no âmbito rural. A redução das desigualdades regionais promove o desenvolvimento econômico e social de todo o Brasil, na medida em as regiões produtoras são beneficiadas com políticas adequadas para o setor leiteiro, principalmente os produtores rurais. Veja-se a respeito a doutrina de Celso Furtado, *in verbis*:

"[...] O processo de integração econômica dos próximos decênios, se por um lado exigirá a ruptura de formas arcaicas de aproveitamento de recursos em certas regiões, por outro requererá uma visão de conjunto do aproveitamento de recursos e fatores no país. A oferta crescente de alimentos nas zonas urbanas, exigida pela industrialização, a incorporação de novas terras e os translados inter-regionais de mão-de-obra são aspectos de um mesmo problema de redistribuição geográfica de fatores. À medida que avançar essa redistribuição, a incorporação de novas terras e recursos naturais permitirá um aproveitamento mais racional da mão-de-obra disponível no país, mediante menores inversões de capital por unidade de produto. Demais, as inversões de capital na infra-estrutura poderão ser mais bem aproveitadas, em razão da menor dispersão de recursos. É de supor que, caso progreda essa integração, a taxa média de crescimento da economia tenderá a elevar-

se". (Furtado, Celso, Formação Econômica do Brasil, São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 334/335).

De maneira drástica, em virtude da pouca lucratividade no setor leiteiro, ou até mesmo o resultado econômico negativo, muitos produtores são levados ao abandono da atividade, assim como muitas indústrias deixam de se dedicar a esse ramo empresarial. Note-se que o risco excessivo da atividade, no sentido de não trazer resultado econômico satisfatório, estimula o abandono da produção. Tal situação confronta o desenvolvimento econômico e social, programado no artigo 170, da Constituição Federal de 1988.

A criação do Conselho Nacional do Leite, unificando os conselhos estaduais existentes no Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, dentre outros (www.conseleite.com.br), levaria numa maior estabilidade dos preços do leite, diante daqueles praticados pela indústria e pelas redes de supermercados, com a utilização de fórmulas para diferenciar os sistemas regionais diante dos custos de produção, a fim de proteger o produtor rural contra as práticas abusivas no mercado lácteo.

3.1 A TRANSFORMAÇÃO DO LEITE EM COMMODITY¹

Práticas normais dentro de uma economia de mercado poderiam solucionar tais problemas econômicos, tais como uma política adequada de preços, ou até mesmo a elaboração de contratos de compra e venda, proibindo-se a variação muito grande de preços ao produtor e à indústria. São inegáveis os benefícios que a formação de contratos de compra e venda continuada e futura, poderiam resultar para uma melhor composição do mercado de produtos lácteos. Veja-se a respeito a doutrina de Eros Roberto Grau, *in verbis*:

"[...] Nesse quadro, a ordem pública, para além da racionalidade da generalidade da lei, garante a execução dos contratos, pois saber com certo grau de certeza que os contratos serão respeitados, isso é indispensável ao sucesso empresarial". (Grau, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31).

No Brasil, talvez a solução para a grande oscilação de preços no mercado do leite, seja a transformação desse produto em uma *commodity*, passível de negociação na Bolsa de Mercados & Futuros de São Paulo, Capital, com a padronização em toneladas de leite em pó, ou toneladas de leite longa vida, assim como a formação de

contratos de *hedge*, travando os preços de acordo com a flutuação do mercado físico. Veja-se a lição da doutrina de Fábio Nusdeo, sobre a criação de um padrão monetário, *in verbis*:

“[...] A promoção do sal de simples produto a moeda – daí, talvez, a palavra salário – deveu-se a algumas características peculiares: o fato de ser geralmente aceito, poder conservar as suas características físico-químicas por muito tempo, facilidade de guarda, de transporte, sobretudo de espaço. Por essa razão inúmeros produtos serviram em épocas e locais diferentes como moeda além do próprio sal: certas conchas do mar, o vinho, objetos de adorno, peças metálicas diversas e até gado, como na Roma patriarcal – daí, a palavra pecúnia, de pecus, ovelha, ou genericamente rês. Curioso observar a simbologia das primeiras moedas metálicas romanas formalmente cunhadas: elas ostentavam numa das faces a figura de um boi. O importante é preencher à mercadoria-moeda alguns requisitos físicos, como a manuseabilidade, a divisibilidade, a fungibilidade e outro requisito econômico: a capacidade de reserva de valor. Os primeiros dispensam comentários. O último dá ao seu e possuidor a segurança de não perder substância por ter aceito a moeda e postergado a aquisição do bem de que viesse a necessitar. Ou seja, o valor desse segundo bem, supostamente idêntico ao daquele do qual se desfez, deverá equivaler em qualquer ponto do futuro ao da mercadoria-moeda – o sal, no nosso exemplo – por ele aceito e guardado. Dito de outra maneira: a mercadoria-moeda – sal – deverá no futuro ser trocada por um bem idêntico àquele que seria obtido com a troca direta, caso não tivesse sido usado o sal como intermediário”. (Nusdeo, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49).

A conversão em toneladas de leite em pó se justifica na medida em que o armazenamento desse produto em tal estado de industrialização é relativamente longo, principalmente se comparado ao leite entregue pelo produtor para a indústria, cujo prazo de armazenagem não ultrapassa o máximo de dois ou três dias, sob pena de perda irreparável da qualidade do produto, ou até mesmo sua imprestabilidade para o consumo humano.

Por sua vez, a conversão em toneladas de leite longa vida atende somente à exigência do mercado interno, pois o volume de comercialização desse produto nacionalmente evoluiu muito nos últimos anos, revolucionando os preços na cadeia produtiva do leite, havendo um maior interesse nesse tipo de comercialização do leite longa vida, do que o leite em pó.

Tal necessidade de um padrão monetário para negociação no mercado futuro, atende não só ao produtor rural, mas também à indústria, que podem promover grandes investimentos com um nível de segurança muito maior, formalizando

operações de *hedge*, à partir do mercado interno e externo. Neste sentido a doutrina de Celso Furtado, *in verbis*:

“[...] Somente assim alcançará o sistema econômico uma maior flexibilidade e estará em condições de tirar maiores vantagens do intercâmbio externo, pois poderá mais facilmente adaptar-se às modificações da procura que se exerce nos mercados internacionais”. (Furtado, Celso, *Formação Econômica do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 327/328).

Desta forma, cria-se um padrão monetário apto a regular o mercado físico de produtos lácteos, compensando as oscilações de preço de acordo com os estoques do produto na indústria, travando-se os contratos com operações de venda futura. Esta parece ser uma solução utópica, mas não totalmente impossível, desde que o mercado interno e externo, numa economia mundial e globalizada, reconheça a necessidade de uma padronização dos preços praticados na cadeia de produtos lácteos.

4. CONCLUSÃO

Portanto, a atividade empresária pode ser exercida de várias formas, individual ou em sociedade empresária, cabendo ao empresário escolher a mais adequada para o exercício de suas atividades, dentre aquelas disponibilizadas pelo legislador brasileiro.

O mercado de produtos lácteos é bastante volátil, com oscilação de preços ao produtor rural, por pressão da indústria, a qual é pressionada pelo atacado e varejo, principalmente as grandes redes de supermercados, chegando-se ao consumidor final.

Não existe um padrão monetário seguro para a classificação dos produtos lácteos, possibilitando uma referência dos preços. Esse padrão monetário poderia ser estabelecido em toneladas de leite em pó, ou em leite longa vida, uma vez que esses produtos industrializados são aqueles que melhor mantém suas qualidades durante o maior período de tempo possível.

A transformação do leite em pó, ou o leite longa vida, em *commodities* na Bolsa de Mercados & Futuros de São Paulo, Capital, levaria numa melhor regulamentação do mercado, balanceando a demanda e a oferta, trazendo estabilidade no desenvolvimento econômico e social, na cadeia produtiva do leite.

Esse desenvolvimento econômico e social alcançaria o mercado interno, reduzindo as desigualdades regionais nos rincões de nosso país, de acordo com os vários sistemas de produção leiteira. Na medida em que ocorreria a evolução do mercado interno, o mercado externo estaria mais seguro para negociar os preços mundiais dos produtos lácteos, trazendo maior desenvolvimento a todos os elos da cadeia produtiva, beneficiando a todos.

A criação do Conselho Nacional do Leite, à semelhança do exemplo de outras culturas agrícolas do agronegócio brasileiro, seria outro passo para o avanço do caminho correto. A organização dos produtores rurais em associações, cooperativas ou sindicatos, também contribuiria para a implantação de políticas públicas adequadas para o setor leiteiro, principalmente com o foco no elo mais fraco da cadeia produtiva, que é o produtor rural.

REFERÊNCIAS

FURTADO, Celso, *Formação Econômica do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2010.

NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta, *Globalização e Direito*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SZTAJN, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo: Atlas, 2010.

TIMM, Luciano Benetti, et al, *Direito & Economia*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REFERÊNCIAS INFORMATIZADAS

<http://www.canaldoprodutor.com.br/artigos>.

<http://www.cepea.esalq.usp.br/leite/artigos>.

<http://www.conseleite.com.br>.

CAPÍTULO 20

“CHEGA DE FIU FIU”: CIBERFEMINISMO CONTRA O ASSÉDIO SEXUAL

Beatriz Magalhães

Servidora Pública Estadual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria

E-mail: biamagalhaes008@gmail.com

Carlise Clerici Dieminger

Mestra e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Servidora Pública Estadual da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul

E-mail: carlise_px@hotmail.com

Jaqueleine Bertoldo

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Mestra e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria

E-mail: beroldojaque@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir as ascendentes práticas ativistas dos movimentos feministas, realizadas através do uso da internet, em especial de blogs. A temática central gira em torno da luta e discussão propostas por estes grupos contra as situações de assédio sexual sofridas pelas mulheres atualmente. Como objeto de estudo, pretende-se verificar como se dão essas novas práticas ativistas e sua potencialidade para busca de transformação social. Assim, pretende-se analisar a campanha “Chega de Fiu Fiu”, desenvolvida pelo blog Think Olga, que consiste em uma campanha virtual contra o assédio sexual. Como metodologia, foi utilizado o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Pode-se verificar, enfim, que tais práticas têm permitido incluir na agenda de discussão social as pautas reivindicadas pelas feministas, gerando um processo em busca da transformação das realidades sofridas pelas mulheres que ainda refletem o modelo patriarcal de sociedade. A campanha demonstra essa realidade, como se verá a seguir.

Palavras-chave: Blogosfera; Ciberativismo; Feminismo; Assédio sexual.

1. INTRODUÇÃO

Para contrapor à inferioridade milenar e cultural da mulher em relação ao homem, o feminismo é um movimento com histórico antigo que pauta a longa luta das mulheres contra a desigualdade de gênero, buscando abater a dominação imposta pelo patriarcalismo, a motriz de todo o sistema em que se insere a humanidade. Nas últimas décadas, seu poder de reivindicação tornou-se global, principalmente, pela maior remuneração salarial da mulher, os avanços na medicina e, ainda, através da tecnologia informacional, a qual facilitou a interconexão dessas mulheres e, por conseguinte, a conscientização das violações que ainda sofrem, dentre elas o assédio sexual e a reivindicação da liberdade de livre disposição de seus corpos.

Assim, a luta feminista encontrou um novo espaço onde propagar e fazer avançar suas pautas, visto que através das novas mídias sociais, em especial os blogs, pratica-se o ciberativismo ou ativismo digital, os quais consistem em ações políticas via internet em que os ativistas online, atuando de forma independente, organizam-se espontaneamente. Neste contexto, foi possível a criação de uma campanha de conscientização contra o assédio sexual sofrido pelas mulheres nos espaços públicos, promovida pelo blog “Think Olga” e cujo nome, “Chega de fiu fiu”, expressa nitidamente seus anseios por mudanças no cenário social em que sofrem as violações debatidas.

Objetiva-se, assim, examinar a campanha provida através do blog “Think Olga” e como, através de sua criação, foi possível a utilização de diversos mecanismos de conscientização da pauta feminista e a reivindicação contra o assédio sexual nos espaços públicos. Para além disso, interessa verificar quais foram as conclusões resultantes desta campanha, objetivos e produtos decorrentes dela e se auxiliam na conscientização do assédio sexual nos espaços públicos como uma violação à mulher.

Como metodologia, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, em conjunto com a técnica de pesquisa bibliográfica, de maneira que, inicialmente, estudou-se o ativismo digital e, em seguida, suas consequências na esfera político-social e as possíveis conquistas advindas disso. Para isso, empregou-se como campo de estudo online o blog “Think Olga”, mantido e organizado por um grupo de mulheres, e que resultou na campanha objeto de análise do presente trabalho “Chega de fiu fiu”.

O presente artigo, o qual não pretende esgotar o estudo acerca do tema, divide-se em duas partes *lato sensu*, sendo apresentando, em um primeiro plano, um estudo direcionado à luta feminista e suas significações, incluindo-se aí a temática do assédio sexual (1). Na sequência, a análise das novas tecnologias informacionais e as práticas ativistas desenvolvidas nesses meios, sendo finalizado com a análise da campanha “Chega de fiu fiu”, promovida pelo blog “Think Olga”(2).

2. O FEMINISMO CONTRA O ASSÉDIO SEXUAL: UMA LUTA CONTRA A OBJETIFICAÇÃO FEMININA

O feminismo é um movimento que considera a submissão que o machismo impõe às mulheres, sem representar o contrário deste, ou seja, não busca a inferiorização dos homens, mas sim que ambos os gêneros não sejam discriminados e subjugados. Busca arregimentar todas as pessoas afetadas para que, com a troca de experiências e o diálogo em rede, reconstruam a sua identidade, deturpada pelo patriarcalismo, para transformarem, então, política e culturalmente, a sociedade. Como destaca Castells (2010, p. 235), “a autoconstrução da identidade não é a expressão de uma essência, mas uma afirmação de poder pela qual mulheres se mobilizam para mudar de como são para como querem ser. Reivindicar uma identidade é construir poder”. Desse modo, com a conscientização em rede das mulheres acerca da repressão que sofrem, almejam obter a força necessária para a libertação do sistema patriarcal. Este é seu maior e mais difícil opositor por estar enraizado no âmago de todas as estruturas da sociedade (CASTELLS, 2010, p. 169).

Neste aspecto, evidencia-se a importância do combate ao referido sistema, uma vez que, como consequência dele, possuindo uma imagem socialmente construída a partir de suas características físicas e em virtude da dominação exercida pelos homens, restou à mulher determinados papéis sociais, os quais a luta feminista sempre almejou afastar com a finalidade de reconstituir uma sociedade menos desigual e que coadune com os direitos humanos. Diante disso, destaca-se que as benesses alcançadas pelo feminismo libertam não apenas as mulheres, mas também os homens. Apesar do patriarcalismo conferir supremacias para estes, eles “têm sido vítimas do mito do macho, que os coloca como falsos depositários do supremo poder, força e inteligência” (TELES, 2010, p. 11).

Ao decorrer da luta feminista, as revoltas à estrutura patriarcal tiveram como força motriz as mudanças sociais das últimas décadas. A remuneração salarial ofereceu à mulher um poder de voto maior dentro da sua família porque, afinal, sua contribuição torna-se decisiva para o sustento desta. Colaborando com isso, o avanço da tecnologia informacional proporcionou às mulheres um compartilhamento amplo de conhecimento e vivências que possibilitou uma maior lucidez sobre as desigualdades que sofriam, notando, por exemplo, que muitas vezes só eram vistas como objeto de satisfação sexual. Passaram a reivindicar, então, o controle sobre o próprio corpo.

Isso significa que buscavam os prazeres da sexualidade, assim como os homens já possuíam, e que não queriam mais imposições em seu modo de vestir-se, muito menos tolerar constrangimentos nas ruas, incluindo os menores assomos que não deixavam de ser uma forma de analisá-las como objetos. Dessa maneira, a luta pela igualdade de gênero de outrora, já um tanto adormecida, desperta mais uma vez no final do último século, indignando-se com todos os fatores supracitados tomados como tradicionais e, por conseguinte, legitimados.

Enfim, o feminismo é considerado uma extensão da luta pelos direitos humanos, a qual delata a subordinação milenar das mulheres, e batalha por uma reconstrução do próprio reconhecimento dessas. Assim, “o feminismo tornou-se a palavra (e o estandarte) comum contra todas as causas de opressão feminina e à qual cada mulher, ou categoria feminina, vincularia seus temas e reivindicações.” (CASTELLS, 2010, p. 219).

Merece evidência, como pauta de reivindicação atual, as questões relativas ao assédio sofrido pelas mulheres nos espaços públicos, muito em decorrência da objetificação que as mesmas sofrem ao longo dos anos, sendo tratadas como pertencentes de seus pais e posteriormente de seus maridos. Essa realidade é reforçada pela exposição abusiva dos corpos femininos, colocados quase como mercadoria nas propagandas veiculadas na mídia hegemônica e que subsidiam o pensamento de que os corpos femininos podem ser possuídos e utilizados ao bel prazer masculino. As investidas abusivas costumam ocorrer recorrentemente, de tal forma que passam a por produzir medo, uma vez que a relação entre homem e mulher na sociedade é embutida de uma relação de dominação de gênero, conforme conceitua Bourdieu (2007, p. 18):

A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos, é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais, é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos.

Destaca-se do trecho acima que, assim como a dominação se estabelece de forma que dispensa justificação, o assédio nos espaços públicos, fazendo parte de tal sistema de dominação, também a dispensa, já que por vezes as chamadas “cantadas” de rua são entendidas socialmente como algo natural ou, ainda, como um elogio. Entretanto, estabelecer a diferença entre um mero elogio ou brincadeira e uma situação de nítido assédio é pertinente. Rodolfo Pamplona Filho conceitua o assédio sexual “como toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuadamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual” (PAMPLONA FILHO, 2002, p. 110) de tal forma que, segundo o autor, consequentemente constitui-se uma limitação de livre disposição do corpo. Assim, transportando o conceito para assédio sexual nos espaços públicos vemos que, corriqueiramente, as mulheres são compelidas a se vestir de forma a cobrir seus corpos a fim de evitar o constrangimento a que estão sujeitas, em uma nítida forma de restrição da livre disposição de seus corpos.

Por fim, vemos que o assédio sexual é tipo penal, entretanto, de acordo com a redação conferida pelo Código Penal, em seu artigo 216-A, existe uma limitação ao ambiente de aplicação de tal tipificação, uma vez que, segundo ele, o assédio consiste em “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (BRASIL, 2015). Desta forma, é limitada a repressão da conduta do assédio apenas ao ambiente de trabalho, não estendendo aos abusos cometidos nos espaços públicos. Em outros termos, os recorrentes constrangimentos enfrentados pelas mulheres apenas são conduta

reprimíveis se ocorrerem dentro do ambiente de trabalho, no mais a condenação não ocorre penalmente⁵³

Neste contexto, corresponde a uma importante pauta feminista a luta contra o assédio sexual nos espaços públicos e a liberdade de disposição de seus próprios corpos que, por vezes, em virtude do medo, são ocultados como forma de busca da autopreservação. Nada mais coerente e visível que há necessidade de empoderamento que, no estudo em tela, é representado pela insurreição contra a dominação justificada pelo sexismo e o patriarcado. Insurreição essa que teve que se valer de muitos aparatos durante sua evolução, estando, atualmente, os meios tecnológicos em maior evidência devido às particularidades que serão delineadas neste trabalho.

3. CIBERFEMINISMO E CHEGA DE FIU FIU: UMA CAMPANHA VIRTUAL CONTRA O ASSÉDIO

O advento e popularização das novas tecnologias digitais, principalmente a internet, trouxe profundas mudanças sociais ao ampliar profundamente a forma como os indivíduos interagem e trocam informações. “A facilidade e a velocidade do uso e da troca de informação pela internet passa a ter um papel central na nova sociedade” (GUZZI, 2010, p. 52), possibilitando, também a prática do ciberativismo, ou seja,

[...]toda estratégia que persegue a mudança da agenda pública, a inclusão de um novo tema na ordem do dia da grande discussão social, mediante a difusão de uma determinada mensagem e sua propagação através do ‘boca a boca’ multiplicado pelos meios de comunicação e publicação eletrônica pessoal (UGARTE, 2008, p. 77).

Nesse contexto, os blogs ou weblogs ganham notoriedade, pois “são ferramentas de publicação que facilitaram o processo de colocar informações na web” (RECUERO, 2012, p. 26), já que ultrapassaram os obstáculos técnicos que ainda dificultavam as publicações online. Assim, os blogs revelaram-se, a partir de suas possibilidades de livre emissão de conteúdo e interatividades, um excelente espaço para ampliar o debate trazido pelas feministas. Muitas delas migraram para o espaço

⁵³ Esse era o cenário jurídico-social na época em que foi realizado o estudo em tela, as práticas descritas pelas mulheres como assédio não eram assim entendidas pelo campo jurídico e não recebiam a devida proteção legal. Ocorre que, ao final de 2018, criou-se finalmente o tipo penal “importunação sexual” direcionado ao comportamento descrito popularmente como assédio (Lei nº 13.718/2018). Isso foi consequente à maciça reivindicação feminina nesse sentido, da qual a campanha virtual em análise acaba por vir a fazer parte. Sobre a influência de ciberativismos nessa alteração legal acerca do tema, pode ser consultado Dieminger (2019).

virtual da blogosfera, criando suas próprias páginas para divulgação de conteúdos, bem como das pautas de luta do movimento feminista, propiciando debates e discussões das temáticas, através da interatividade proporcionada pelos blogs. Segundo Guzzi (2010, p. 45),

O ciberespaço se torna cada vez mais um meio de exploração de problemas, de discussão pluralista, de evidência de processos complexos, de tomada de decisão coletiva e de avaliação dos resultados mais próximo das comunidades envolvidas. [...] Nesse contexto, a internet mostra-se um importante “lugar” – uma arena conversacional -, no qual o espaço se desdobra e novas discussões políticas podem seguir seu curso.

Ressalta-se, nesse contexto, a importância da emergência dessas mídias para as pautas feministas, visto que quase não encontram espaço nos setores tradicionais de produção de informação. Varela (2007) explica que, nos blogs e outras mídias similares, há oportunidade para posições que sempre estiveram às margens, descentralizando o debate e multiplicando centros de poder da informação.

Através dos blogs, as feministas encontraram um espaço de empoderamento para propagar suas ideias e instaurar o debate social acerca das temáticas abordadas pelos movimentos feministas. Em decorrência disso, a blogosfera revelou-se um instrumento de articulação de laços e correntes para a transformação social, através da ampla proporção com a qual atinge os usuários da internet, como é o caso aqui em análise: a campanha “Chega de fiu fiu” tem sua história e motivação justamente a partir da criação de um blog feminista.

“Think Olga” é como foi denominado o blog criado por Juliana de Faria, jornalista formada pela PUC-SP e especialista em moda. Conforme sua descrição na página do blog “com o tempo, descobri que gostava mais de falar sobre a mulher que veste a roupa do que sobre a roupa que veste a mulher”. O blog atualmente conta com a colaboração de outras profissionais parceiras, sendo composto por duas jornalistas, uma diretora de comunicação, uma advogada e uma Doutora em Ciências Sociais, ambas conselheiras do blog.

A Olga nasceu dessa vontade de criar uma conversa mais honesta com as mulheres, um papo livre de frases prontas, debates feitos no automático, estereótipos e informações desatualizadas. E essa capacidade de enxergar e se dirigir à mulher como um ser pensante e de direitos, com seriedade e sem ser condescendente é o mais importante para mim. Não só como jornalista e criadora da Olga, mas também como mulher (FARIA, 2014).

Nessa perspectiva, uma das importantes temáticas discutidas pelos grupos feministas são as tradicionais “cantadas” à que as mulheres ainda são submetidas, principalmente ao transitarem nos espaços públicos. Discussão essa que também teve espaço no “Think Olga” e gerou a criação de uma campanha virtual a partir do blog. Sobre o assunto, ressalta Faria (2014):

O assédio sexual tem causado impactos sérios e negativos na saúde física e emocional das mulheres. Entre os efeitos negativos relatados pelas vítimas, os mais citados são: ansiedade, depressão, estresse e distúrbios do sono. Além disso, muitas delas podam sua própria liberdade e seu direito de escolha — deixando de usar uma roupa ou de cruzar uma praça, por exemplo — por medo de sofrer tais abordagens. Então dizer não ao assédio é não aceitar mais que mulheres sejam vistas como objetos sexuais passivos ou como vítimas frágeis do poder dos homens. Dizer não ao assédio é afirmar que as mulheres podem e devem ter controle sobre a própria sexualidade. É mostrar que podemos igualar a voz e o poder da mulher na sociedade, é não submeter as mulheres aos papéis sociais tradicionais.

Conscientização e esclarecimento sobre a problemática é fundamental, visto que geralmente não se percebe o caráter prejudicial e de objetificação da mulher presentes nessas abordagens. Desse modo, a campanha “Chega de fiu fiu” é “uma campanha contra o assédio sexual em espaços públicos” (THINK OLGA, 2015). Ao descrever a campanha na página do blog, a criadora aponta:

Quando transformamos em coisa rotineira o fato da mulher não ter espaços privados – nem mesmo serem donas do seu próprio corpo -, incentivamos a violência. E isso NÃO é normal. Vamos reforçar nossa luta contra o assédio, afinal, temos o direito andar na rua sem medo de sermos intimidadas. Para isso, manteremos o debate sobre assédio sexual vivo e frequente (THINK OLGA, 2015).

Como parte da campanha, o Think Olga colocou no ar uma pesquisa elaborada pela jornalista Karin Huech, tendo sido registrado uma participação de 7.769 mulheres que responderam a um questionário sobre diversas situações de constrangimento e assédio sexual que vivenciaram. O número de participações bastante expressivo demonstra a capacidade comunicativa e organizativa da web. Ademais, evidencia-se a possibilidade de transcender o espaço que iniciou um determinado movimento através da formação de redes interativas e de propagação de informações.

Importa também ressaltar que essa pesquisa apresenta o problema a partir do olhar da vítima. Nesse sentido, pode-se perceber a internet como mecanismo para dar voz àquelas que anteriormente estavam na condição de receptora de informação. Assim, através das páginas virtuais e, em especial, dos blogs, garante-se à mulher

espaço de livre expressão para trazerem à agenda pública de discussão suas pautas e olhares.

Os resultados da pesquisa foram reveladores ao apontarem que 99,6% das entrevistadas afirmaram já terem sido assediadas; 83% não acham legal ouvir cantadas; 81% das entrevistadas revelaram já ter deixado de fazer alguma coisa com medo do assédio e 90% já trocou de roupa em função do medo de sofrer assédio em determinados locais. Ou seja, os dados evidenciam a importância da realização da campanha virtual, ao passo que traz à tona nova percepção acerca do tema, de modo a ampliar o debate sobre situações de assédio tão vivenciado pelas mulheres.

Juntamente com os dados objetivos, a campanha também disponibilizou uma série de depoimentos de vítimas que experenciaram alguma situação de assédio sexual. Relatos das mais diversas mulheres foram coletados e compartilhados na web, dando espaço para informações que pouco tem relevância nas mídias tradicionais, visto que questiona a estrutura hegemônica patriarcal da sociedade, revelando a necessidade de transformações sociais que realmente garantam a posição de igualdade à mulher. Na página da campanha, as blogueiras afirmam que a importância de mostrar essas experiências se deu por três motivos:

- 1) mostrar que é um problema coletivo e não individual. Ou seja, todo mundo sofre com assédio e têm histórias parecidas. E quem o sofreu não tem culpa por isso.
- 2) permitir que elas troquem experiências sobre como lidar com isso, desde como se defenderam na hora até como processaram ou o que aconteceu depois.
- 3) criar empatia nas pessoas que ainda acreditam que o assédio sexual não existe ou é bobagem. Uma coisa é falar em termos genéricos sobre a cultura do estupro. Outra coisa é você ter exemplos de todas as situações constrangedoras e reais que as mulheres vivenciam (THINK OLGA, 2015).

Como complementação, nesse mesmo sentido foi desenvolvido o “Mapa chega de fiu fiu”, que consiste em uma página na internet com um mapa do Brasil, onde qualquer vítima de assédio pode relatar um caso, registrando o local onde ocorreu. Da mesma forma, qualquer pessoa pode escolher um local específico e ter acesso aos casos relatados. Trata-se de “uma ferramenta colaborativa para mapear os pontos mais críticos de violência contra as mulheres no Brasil” (THINK OLGA, 2015).

O blog também se revelou como uma plataforma inicial para o lançamento de outros materiais e veículo de informações para o público alvo. Assim, como parte da campanha, partiu-se para a criação do e-book “Meu corpo não é seu: desvelando a violência contra a mulher”, bem como para a de um cordel, de autoria de Jarid Arraes

em parceria com o blog, e de uma cartilha sobre o assunto, esta com coautoria da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, além de já estar em desenvolvimento o projeto de um documentário.

Tantas iniciativas para se materializar o conhecimento foram instigadas pela ideia de que o “feminismo é a conquista de poder pela informação” (FARIA, 2014), como defende a criadora do blog, Juliana Faria. Assim, ao pugnar para que as mulheres se empoderassem como sujeito transformador histórico-social, elegeu-se o compartilhamento informacional como recurso essencial para os direitos reivindicados serem conquistados ou efetivados, considerando-se que “uma mulher bem informada — dos seus direitos, das suas possibilidades e principalmente de realidades tristes e injustas — é uma mulher com mais força para lutar e para buscar alternativas e mudanças” (FARIA, 2014).

O ciberativismo no caso em estudo proporcionou às ativistas que o debate transpassasse do espaço online ao âmbito do poder público. Em parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, foi disponibilizada à população uma cartilha a respeito da ofensividade do assédio sexual e como protestar por seus direitos, combatendo-se as violências. Intitulada “Denuncie: chega de fiu fiu”, a cartilha foi lançada em 25 de novembro de 2014, no Dia da Não Violência Contra a Mulher e início da campanha 16 Dias de Combate à Violência de Gênero, e trata de questões como “o que é assédio sexual?”, “por que é um comportamento nocivo?”, “como denunciar?” e “como encaixá-lo na lei?” (THINK OLGA, 2015).

Também se considera que o debate acerca do assédio sexual não ficou restrinido à blogosfera ao constatar-se que o blog Think Olga lançou seu ebook “Meu corpo não é seu: desvelando a violência contra a mulher”, escrito por Juliana de Faria, jornalista formada pela PUC-SP e criadora da OLGA, e Bárbara Castro, conselheira da OLGA, socióloga e doutora em Ciências Sociais pela Unicamp e especialista em discussões sobre trabalho e gênero. O trabalho é um ensaio sobre a violência contra a mulher, publicado pela Breve Companhia, selo da Companhia das Letras, lançado em 10 de junho de 2014, em São Paulo, e disponível para download nos sites da Cultural, Kobo, Amazon e Apple Store (THINK OLGA, 2015).

Ainda sobre o assédio sexual, por meio de um documentário em desenvolvimento, estabelecer-se-á um diálogo entre vítimas, opressores e estudiosos do tema, tendo-se como objetivo a reprodução de violências às quais as mulheres são

submetidas e o consequente contato do telespectador com tais abusos. O projeto foi disponibilizado no Catarse, uma plataforma de financiamento coletivo, e arrecadou 64.448 reais dos 20.000 reais iniciais esperados. Conforme informativo do Catarse, o projeto foi “bem-sucedido” e financiado em 16 de janeiro de 2015 (CATARSE, 2015).

Esse documentário tem como proposta percorrer os locais denunciados na campanha “Chega de fiu fiu” e captar assédios sexuais em tais espaços públicos por meio de um par de óculos com uma micro câmera escondida, utilizado por mulheres ao vivenciarem sua rotina. Ao interligar os três dos principais protagonistas desse problema social – vítimas e seus algozes, além de especialistas no assunto –, o projeto “permite uma visão completa sobre o assunto, investigando suas causas, suas motivações, seu contexto social e soluções para a violência”(CATARSE, 2015).

O blog também teve como fruto um cordel denominado “Chega de fiu fiu”, exclusivo para o projeto do documentário “Chega de Fiu Fiu”. A literatura foi escrita por Jarid Arraes, em parceria com o blog, “por concordar totalmente com a abordagem do projeto e apoiar a iniciativa” (ARRAES, 2014). O cordel estava entre outras recompensas que os colaboradores poderiam ganhar ao fazer doações para o projeto.

Desse modo, nesse caso em que, por meio da campanha criada a partir de um blog, confeccionaram-se e-book, documentário (ainda em desenvolvimento), cordel, e cartilha, todos sobre a problemática do assédio sexual, para a sociedade acessar outros ângulos de determinado assunto, a consequência pode ser uma conscientização coletiva acerca das transformações necessárias para que não mais se sinta violentado esse grupo de mulheres. Assim, observa-se um importante propósito democrático a que serve a blogosfera além da horizontalidade nos diálogos: desestruturar a reprodução de pensamentos opressores cuja transmissão, muitas vezes, ocorre como sendo em caráter de verdade absoluta e de maneira unilateral pelas velhas mídias.

Tal possibilidade é oportunizada pelo ciberespaço que, juntamente com o futuro da internet, “apontam para essa noção de diálogo: o caráter comunicativo, conversacional e não apenas informativos das novas mídias” (LEMOS; LEVY, 2010, p. 237). A internet permite o acesso e a produção do contra conteúdo por apresentar-se como uma plataforma interativa, “ambiente fértil que reforça, por meio do acesso e da autorreprodução e compartilhamento de informações, o debate, o desenvolvimento expressivo das múltiplas opiniões, a participação e a representação, não do tipo

personalística ou profissional, mas enquanto autorrepresentação [...].” (TORRES, 2008, p. 245). Dessa maneira, o compartilhamento de experiências facilitado pela blogosfera reforça a noção nas mulheres de que desigualdades podem ser politizadas, podendo-se inclusive desestruturar a hegemonia patriarcal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A histórica luta das mulheres por igualdade de direitos, no Brasil e internacionalmente, transpassou diferentes épocas, e, atualmente, se incluiu em um novo cenário, o tecnológico-informacional, do qual se apropriou para incluir, na agenda de discussão política, temáticas relacionadas às suas lutas. Nesta senda, o poder distribuído em rede por intermédio da blogosfera tem a capacidade de rediscutir os fatos ditados pela hegemonia patriarcal através de uma ordem espontânea.

Nessa linha, a plataforma virtual apresentou-se como um ambiente de empoderamento para as ativistas no caso do blog Think Olga que, ao promover a campanha “Chega de fiu fiu”, utilizaram-se da fluidez da internet para atingir materialmente o meio off-line. Este é proeminente interferido diante da conexão, alcançada pela campanha e sua visibilidade pulverizada pela internet, entre os principais protagonistas do problema social debatido: vítimas, opressores, poder público e estudiosos do tema, como se constatou no decorrer deste artigo.

Nesse ínterim, os dados expressivos da pesquisa realizada na campanha revelam-se potenciais conscientizadores dos direitos reclamados pelas ativistas, o que, aliado à capacidade do meio online de estender a repercussão de suas reivindicações, possibilita que as mulheres sejam protagonistas de transformações sociais.

Ademais, os vários resultados materiais da campanha lançada a partir do blog, como o e-book, o documentário (ainda em desenvolvimento), o cordel e a cartilha, todos sobre a problemática do assédio sexual, também são indicadores significativos de que os ativismos digitais não se restringem ao meio online. Muito pelo contrário, visam especialmente atingir o meio off-line para que seus direitos sejam alcançados e/ou efetivados.

Nesse sentido, destaca-se a cartilha em coautoria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a qual, ao ser distribuída para a população, reproduz as

reivindicações debatidas online pelas ativistas, além de informar as pessoas sobre o que é o assédio sexual, arregimentar os simpatizantes da causa e conscientizar os homens acerca de seu cultivo naturalizado de opressões em desfavor das mulheres.

Destarte, percebe-se que o ativismo online confere ao cidadão que ele seja influente nas mudanças da agenda pública, desconstruindo-se o pensamento enraizado na cultura representativa e avançando-se para um norteado pela cultura participativa. Esse breve estudo indica, assim, uma percepção mais relevante das condições das mulheres por parte da sociedade, através de ativismos online em blogs, o que influencia diretamente na sua reconstrução de identidade e consequente empoderamento.

REFERÊNCIAS

ARRAES, Jarid. **Chega de Fiu Fiu**: um documentário sobre cantadas e assédio sexual. Portal Fórum, São Paulo, 21 nov. 2014. Disponível em:

<http://www.revistaforum.com.br/questaodegenero/2014/11/21/chega-de-fiu-fiu-um-documentario-sobre-cantadas-e-assedio-sexual/> Acesso em: 29 set. 2021.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Traduzido por Maria Helena Kühner. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. 53^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CATARSE. Documentário Chega de Fiu Fiu, por Brodagem Filmes. Disponível em: <https://www.catarse.me/pt/videochegadefiu> Acesso em: Acesso em: 29 set. 2021.

DIEMINGER, Carlise Clerici. Democracia participativa: ciberfeminismos contra a violência sexual e seus efeitos na biopolítica. 2019. 133 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2019.

FARIA, Juliana de. **Ana entrevista: Juliana de Faria, Think Olga**. Entrevistadora: Ana Luiza Gomes. Ideafixa, Campo Belo, 14 abr. 2014. Disponível em: <http://www.ideafixa.com/ana-entrevista-juliana-de-faria-think-olga/>. Acesso em: 20 set. 2021.

FARIA, Juliana de. **Chega de fiu fiu**: um documentário sobre cantadas e assédio sexual. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/chega-de-fiu-fiu-um-documentario-sobre-cantadas-e-assedio-sexual/> Acesso em: 29 set. 2021.

GUZZI, Drica. **Web e participação**: A democracia no século XXI. São Paulo: Editora Senac, 2010.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. 2 ed. São Paulo: Paulus, 2010.

MACHADO, Lia Zanotta. Feminismo brasileiro: revolução de ideias e políticas públicas. In: JUNIOR, José Geraldo de Souza; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da. (Orgs.) **O Direito Achado na Rua**, vol. 5. Introdução crítica aos direitos das mulheres. Brasília: CEAD, FUB, 2011.

ORIHUELA, José Luis. **Blogs e a blogosfera**: o meio e a comunidade. In: Blogs: revolucionando os meios de comunicação. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual**: questões conceituais. In: JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). Assédio Sexual. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECUERO, Raquel. **A Conversação em Rede**: Comunicação Mediada pelo Computador e Redes Sociais na Internet. Porto Alegre: Sulina, 2012.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

TORRES, Julliana Cutolo. **Cyborgcracia**: entre a gestão digital dos territórios e as redes sociais digitais. In: DI FELICE, M. (Org.) Do público para as redes: a comunicação digital e as novas formas de participação social. São Paulo: Difusão Editora, 2008.

THINK OLGA. **Chega de Fiu Fiu**. Disponível em: <http://thinkolga.com/chega-de-fiu-fiu/> Acesso em: 24 set. 2021.

THINK OLGA. **Olga lança ebook Meu corpo não é seu**. 2014. Disponível em: <http://thinkolga.com/2014/06/10/olga-lanca-ebook-meu-corpo-nao-e-seu/> Acesso em: 29 set. 2021.

UGARTE, David de. **O poder das redes**: manual ilustrado para pessoas, organizações e empresas, chamadas a praticar o ciberativismo. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

VARELA, Juan. **Jornalismo Participativo**: O Jornalismo 3.0. In: Blogs: revolucionando os meios de comunicação. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

CAPÍTULO 21

AS DOENÇAS PSÍQUICAS E A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Débora Fernanda Archanjo Luiz

Graduada em Arquivologia pela Universidade Estadual de Londrina. Licenciada em Pedagogia pela Universidade Luterana do Brasil. Graduanda em Direito pela Faculdade de Apucarana. 2020

E-mail: darchanjo@gmail.com

Renata Nóbrega Figueiredo

Mestre em Direito das Relações Sociais, com ênfase em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora universitária e advogada na região metropolitana de Londrina, desde 1998. 2020

E-mail: renatanfmoraes@gmail.com

Resumo: Objetivo: Analisar as principais doenças psíquicas relacionadas ao trabalho e a responsabilidade do empregador. Método: Pesquisa bibliográfica em literatura de psicologia organizacional e do trabalho, literatura médica, doutrina jurídica e jurisprudencial, através de uma abordagem qualitativa. Resultado: A responsabilidade normalmente é subjetiva, porém dependerá do caso concreto. Conclusão: A responsabilidade civil do empregador nos casos das doenças psíquicas relacionadas ao trabalho é subjetiva, com a necessidade de se identificar o nexo de causalidade, e objetiva quando a atividade for considerada de risco.

Palavras-chave: Acidente de trabalho; Responsabilidade civil; Doença psíquica

Abstract: Objective: To analyze the main mental illnesses related to work and the employer's responsibility. Method: Bibliographic research in literature on organizational and work psychology, medical literature, legal and jurisprudential doctrine, through a qualitative approach. Result: Responsibility is usually subjective, but will depend on the specific case. Conclusion: Employer's civil liability in cases of work-related mental illness is subjective, with the need to identify the causal link, and objective when the activity is considered to be at risk.

Keywords: Work accident. Civil responsibility. Psychi Illness.

1. INTRODUÇÃO

Os transtornos mentais são recorrentes nas relações de trabalho, motivando o presente estudo, assim como a responsabilidade do empregador em relação a estes trabalhadores afetados.

2. OBJETIVO

O objetivo principal é analisar as principais doenças psíquicas relacionadas ao trabalho, suas causas, consequências, tratamento e consequentemente a responsabilidade do empregador, ante o empregado portador das doenças psíquicas.

3. MÉTODO

O método de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica em literatura de psicologia organizacional e do trabalho, literatura médica, doutrinas jurídicas e jurisprudências atuais que tratam sobre o tema.

4. RESULTADOS

Os transtornos mentais são cada vez mais recorrentes nas relações de trabalho, implicando em consequências jurídicas tanto para o empregado, quanto para o empregador.

Com efeito, notou-se que a maioria dos transtornos mentais ocorridos no curso do contrato de trabalho possuem uma concausa com a relação jurídica havida entre as partes.

A doença profissional é peculiar à determinada atividade ou profissão, conhecida como doença profissional típica, tecnopatias ou ergopatias, que pelo exercício de determina profissão podem produzir ou desencadear certas patologias. Neste caso o nexo causal da doença com a atividade laboral é presumido.

Já a doença do trabalho, também conhecida como mesopatia ou doença profissional atípica, não está vinculada necessariamente com esta ou aquela profissão. O seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições

específicas do ambiente de trabalho. Na visão de Oliveira, este tipo de doença (do trabalho), não tem nexo causal presumido, sendo necessária acomprovação de que a patologia desenvolveu-se em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado.³

Neste sentido, diante da relação conflituosa entre homem e sociedade, surge a responsabilidade civil do empregador. Entretanto, quando os indivíduos causam danos, violando normas de comportamento e de cuidado, os danos devem recair sobre alguém, de forma que o Judiciário conecta a causa do dano com a violação da norma, e atribui a responsabilidade à parte que incorre em culpa ou simplesmente à parte que causou o dano.

Deste modo, surgem duas teorias de responsabilidade civil: teoria objetiva e teoria subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é a que decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposo.

De acordo com Caio Mário Filho, entende-se que a essência da responsabilidade civil subjetiva assenta-se na pesquisa e na indagação de como o comportamento contribuiu para o prejuízo da vítima. Não apenas ressarcir um fato humano qualquer, e sim aquela conduta que é revestida de certos requisitos ou de certas características, quais sejam: o comportamento doloso do agente, ou simplesmente sua culpa, abrangendo a culpa propriamente dita e o dolo do agente.⁴

De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira:

A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade da empresa não gera automaticamente o dever de indenizar, restando à vítima, nessa hipótese, apenas a cobertura do seguro de acidente de trabalho, conforme as normas da Previdência Social.

Sendo assim, para a teoria da responsabilidade subjetiva, só haverá a obrigação de indenizar um empregado acidentado se restar comprovado que o empregador teve alguma culpa no evento danoso, ou seja, se estiverem presentes o dano (acidente ou doença), o nexo de causalidade e a culpa do empregador.

Para que haja o cabimento da responsabilidade civil objetiva, basta a ocorrência do dano e a presença do nexo causal.

Caio Mário ensina da seguinte maneira:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade

entre uma e outro) assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo.

Ainda, conforme entendimento de Oliveira, a teoria do risco-responsabilidade objetiva, é perfeitamente aplicável, com as devidas ponderações, na reparação por acidente de trabalho. Segundo o autor:

Só haverá indenização se houver dano; o simples exercício da atividade de risco não gera ressarcimento algum a título de responsabilidade civil.⁷

Neste ponto, a teoria da responsabilidade objetiva é imputada ao empregador nos casos em que ocorrer acidentes de trabalho em atividades consideradas de risco, independentemente da comprovação da culpa ou dolo.

Imperioso apontar as causas que rompem o nexo causal, e concomitantemente excluem a responsabilidade civil, inexistindo o dever de indenizar. São elas: culpa exclusiva da vítima; caso fortuito, força maior ou fato de terceiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o aparecimento cada vez mais evidente e frequente dos mais diversos transtornos mentais nos trabalhadores, o estudo mostrou claramente a relação deles com o ambiente laboral.

As pressões de um ambiente hostil, onde há uma gestão que humilha e pressiona demasiadamente os seus empregados, ocasiona frustrações e decepções que acabam por desencadear transtornos psicológicos que acarretam o afastamento do profissional, afetam diretamente seu relacionamento pessoal, além de desencadear quadros depressivos, ansiedade e até tentativas de suicídio.

Portanto, a importância de uma ação integrada e articulada dos setores organizacionais, a intervenção multiprofissional e uma proximidade da equipe diretiva com os empregados, ajudam a minimizar ou até sanar os efeitos prejudiciais de um ambiente de trabalho degradante e prejudicial ao empregado.

Pôde-se concluir que os empregadores tem a responsabilidade subjetiva quando demonstrado culpa, dano e o nexo de causalidade entre as doenças psíquicas e a atividade desenvolvida pelo empregado. Imputa-se a responsabilidade objetiva nos casos em que a atividade desenvolvida pelo trabalhador for considerada de risco,

cabendo ao empregador arcar com as devidas indenizações por danos morais e/ou materiais que eventualmente causou.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional.** 5^a ed. 2009. São Paulo: LTr. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>>. Acesso em: 17 junho 2020

Agência Brasileira ISBN
ISBN: 978-65-995551-6-9